

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Filtrage et blocage de contenus sur internet au regard du droit à la liberté d'expression

Van Enis, Quentin

*Published in:*

L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet

*Publication date:*

2019

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Enis, Q 2019, Filtrage et blocage de contenus sur internet au regard du droit à la liberté d'expression. Dans *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*. Pratique du droit européen, Larcier , Bruxelles, p. 133-168.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## CHAPITRE 4. FILTRAGE ET BLOCAGE DE CONTENUS SUR INTERNET AU REGARD DU DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION<sup>1</sup>

Quentin VAN ENIS\*

Juriste référendaire à la Cour européenne des droits de l'homme

Chargé de cours invité à l'UNamur (CRIDS)

Docteur en sciences juridiques

La question du filtrage et du blocage de contenus sur Internet se trouve depuis plusieurs années au centre du débat démocratique.

La protection du droit d'auteur, que ce soit à travers la lutte contre le téléchargement illégal de fichiers protégés<sup>2</sup> ou, plus récemment, la recherche d'une juste rémunération des créateurs par les plateformes de partage de contenus<sup>3</sup>, n'est qu'un domaine parmi d'autres dans lequel

\* Les opinions exprimées par l'auteur lui sont personnelles et n'engagent en rien les institutions auxquelles il appartient.

<sup>1</sup> Cette contribution est inspirée de deux précédentes études de l'auteur : Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *Rev. trim. D.H.*, 2013, pp. 859-886 et *Id.*, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », *J.E.D.H.*, 2015, pp. 173-201.

<sup>2</sup> Il convient de rappeler que la question du filtrage et du blocage a émergé dans le giron du droit européen à travers la possibilité laissée aux États aussi bien par le droit de l'Union européenne que par les textes émanant des institutions du Conseil de l'Europe, d'enjoindre aux intermédiaires d'Internet (hébergeur et fournisseur d'accès) de faire cesser et de prévenir des violations de la loi. Voy. la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, L 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16, art. 12, § 3, 13, § 2, 14, § 3, et considérant n° 45, et la Déclaration sur la liberté de communication sur Internet, adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2003, lors de la 840<sup>e</sup> réunion des Délégués des ministres, principe 3 : « [l]es autorités publiques ne devraient pas, au moyen de mesures générales de blocage ou de filtrage, refuser l'accès du public à l'information et autres communications sur Internet, sans considération de frontières. [...] À condition que les garanties de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soient respectées, des mesures peuvent être prises pour supprimer un contenu internet clairement identifiable ou, alternativement, faire en sorte de bloquer son accès si les autorités nationales compétentes ont pris une décision provisoire ou définitive sur son caractère illicite » ; et principe 6 : « [...] Dans tous les cas, les limitations de responsabilité susmentionnées ne devraient pas affecter la possibilité d'adresser des injonctions lorsque les fournisseurs de services sont requis de mettre fin à ou d'empêcher, dans la mesure du possible, une violation de la loi ». Pour une analyse des conditions posées par ces différents textes à la possibilité pour le juge de prononcer une injonction, nous renvoyons à notre étude : E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires d'Internet : la quadrature du cercle ? », *RLDI*, 2010, n° 61, pp. 86-99.

<sup>3</sup> Cf. à cet égard le débat entourant l'art. 13 de la proposition de directive de la Commission européenne sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, lequel, après amendement par le Parlement européen, impose aux États de prévoir que dans les cas où les titulaires de droits ne souhaitent pas conclure de

les mesures de filtrage<sup>4</sup> et de blocage<sup>5</sup> ont été envisagées ou mises en œuvre<sup>6</sup>.

Dans certains États, ces techniques sont utilisées pour restreindre la diffusion de contenu « critique à l'égard du gouvernement ou du système politique et social épousé par le gouvernement »<sup>7</sup>.

Dans ce contexte, la présente contribution entend questionner la compatibilité des mesures de filtrage et de blocage de contenus avec le droit à la liberté d'expression<sup>8</sup> consacré à l'article 10 de la Convention euro-

contrats de licence avec les « prestataires de services de partage de contenus en ligne » (à savoir « le[s] prestataire[s] d'un service de la société de l'information dont l'un des objectifs principaux est de stocker un grand nombre d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou autres objets protégés qui ont été chargés par ses utilisateurs, et que le service optimise et développe à des fins lucratives et d'offrir au public l'accès à de telles œuvres ou autres objets protégés »), ces derniers doivent coopérer avec les premiers « pour faire en sorte que les œuvres et les autres objets protégés non autorisés ne soient pas disponibles via les services des prestataires » (§ 2bis, nous soulignons). Ce texte fait craindre l'instauration par les plateformes de partage de mesures générales de filtrage et ce quand bien même le § 3 de l'art. 13 prévoit désormais que, dans les bonnes pratiques à définir entre les parties intéressées à compter de l'entrée en vigueur de la directive, il doit être « fait en sorte [...] que le blocage automatique de contenu soit évité ». Voy. amendements du Parlement européen, adoptés le 12 septembre 2018, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016) 0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD). Du côté du Conseil de l'Europe, le Comité des ministres a rappelé dans une recommandation CM/Rec(2018) 2, adoptée le 7 mars 2018, que « les autorités nationales ne devraient pas imposer aux intermédiaires, *directement ou indirectement*, une obligation générale de surveiller par un moyen automatisé ou non, les contenus auxquels ils donnent simplement accès, ou qu'ils transmettent ou stockent » (annexe, pt 1.3.5). Nous soulignons.

<sup>4</sup> Voy. notamment les affaires *Scarlet* (C.J.U.E. [3<sup>e</sup> ch.], 24 novembre 2011, *Scarlet c. Sabam*, C-70/10) et *Netlog* (C.J.U.E. [3<sup>e</sup> ch.], 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10), dans lesquelles la Cour de justice de l'Union européenne a condamné l'imposition d'une mesure de filtrage généralisé à l'égard respectivement d'un fournisseur d'accès et d'un hébergeur.

<sup>5</sup> Voy. notamment l'affaire *UPC Telekabel Wien* (C.J.U.E. [4<sup>e</sup> ch.], 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, C-314/12), dans laquelle la Cour de justice a défini les conditions auxquelles une injonction de blocage pouvait être imposée à un fournisseur d'accès.

<sup>6</sup> Le propos se veut transversal et vise à saisir les enjeux de toute forme de filtrage ou de blocage pour la liberté d'expression. S'agissant de la lutte contre la pédopornographie sur Internet, voy. la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, art. 25.2 et les considérants 46 et 47. Voy., de manière générale sur le processus législatif qui a présidé à l'adoption de ce texte, T. J. McINTYRE, « Blocking Child Pornography on the Internet : European Union Developments », *International Review of Law, Computers & Technology*, 2010, pp. 209-221. Voy. en France le nouvel art. 6-1 inséré dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique par la loi n° 2104-1353 du 13 novembre 2014 qui prévoit la possibilité d'un blocage administratif des sites provoquant à des actes terroristes ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique. Voy. également à ce propos le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 que le Conseil d'État de France a validé par une décision du 15 février 2016. Sur la régulation du marché des jeux en ligne, voy. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, « Vers un cadre européen global pour les jeux de hasard en ligne », SWD(2012) 345 final, spéc. pt 2.2.3. Voy. en Belgique la loi du 10 janvier 2010 portant modification de la législation relative aux jeux de hasard, *M.B.*, 1<sup>er</sup> février 2010, p. 4309. Voy. en France, l'art. 61, al. 2, de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *J.O.R.F.*, 13 mai 2010, p. 8881. Voy. également le Livre vert de la Commission européenne sur les jeux d'argent et de hasard en ligne dans le marché intérieur, COM(2011) 128 final.

<sup>7</sup> Comité des droits de l'homme, observation générale n° 34 sur l'art. 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques protégeant la liberté d'opinion et liberté d'expression, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, § 43.

<sup>8</sup> Pour une analyse de l'impact des mesures de filtrage et de blocage sur le droit à la protection des données à caractère personnel, voy. V. FOSSOUL, « La protection de la vie privée, obstacle à la lutte contre le téléchargement illégal ? », in *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français,*

péenne des droits de l'homme et à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette dernière disposition prévoit des principes similaires à ceux énoncés à l'article 10 de la Convention, quoique sous une forme plus ramassée. La formulation plus concise de la Charte ne doit pas tromper : aux termes de l'article 52, paragraphe 3, de ladite Charte, la liberté ainsi consacrée doit recevoir le même sens et la même portée que celle protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En conséquence, dans la suite de notre exposé, l'accent sera mis principalement sur cette dernière disposition.

À l'heure du dialogue des juges, le propos ne peut cependant ignorer les développements résultant de l'application d'autres instruments juridiques, à savoir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>9</sup>, les directives européennes pertinentes, ainsi que différents textes de *soft law* émanant des organes du Conseil de l'Europe<sup>10</sup>.

Aux termes de l'article 10 de la Convention, toute ingérence dans la liberté d'expression doit être « prévue par la loi » et apparaître nécessaire à la réalisation d'un ou plusieurs objectifs légitimes limitativement énumérés par ce texte.

Le propos sera principalement centré sur les obligations négatives de l'État. Il convient cependant de rappeler que, si la circulation de l'information sur Internet résulte en grande partie du concours d'intermédiaires privés, l'État demeure tenu, au titre de ses obligations positives, d'assurer la jouissance effective de la liberté d'expression sur le réseau. À ce titre, il doit non seulement s'abstenir d'inciter les fournisseurs de service à adopter des mesures contraires au droit à la liberté d'expression des internautes<sup>11</sup>,

*européen et international* (C. DOUTRELEPONT, Fr. DUBUISSON et A. STROWEL dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 307-348.

<sup>9</sup> Pour un exemple éclairant de prise en compte de cet instrument par la Cour européenne des droits de l'homme sur le terrain de l'art. 10 de la Convention, voy. Cour eur. D.H. (Gde ch.), 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*.

<sup>10</sup> On sait que la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite plus, pour les besoins de l'interprétation de la Convention, à s'appuyer sur des textes de *soft law*, lesquels peuvent ainsi acquérir une véritable force contraignante indirecte. Pour une analyse critique de cette pratique, voy. en particulier F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526.

<sup>11</sup> Le régime de responsabilité des intermédiaires et le risque de censure indirecte qu'il peut impliquer ne seront pas abordés dans la présente étude. À ce sujet, voy., parmi d'autres, F. DUBUISSON et I. RORIVE, « La liberté d'expression à l'épreuve d'Internet », in *Entre ombres et lumières. Cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 362-394, spéc. pp. 371-379. Voy. également la contribution de K. LEMMENS dans le présent ouvrage. Adde E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg », sous Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015, *Rev. trim. D.H.*, pp. 953-981.

mais également protéger les droits de ces derniers à l'égard des mesures mises en place volontairement par les intermédiaires<sup>12</sup>.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, deux remarques s'imposent. La première est d'ordre terminologique et vise à expliciter les notions de filtrage et de blocage ; la seconde tend à délimiter l'étendue du propos.

1) Les mesures de filtrage et de blocage sont souvent envisagées conjointement<sup>13</sup>. Il semble pourtant qu'elles doivent être distinguées sur le plan des principes<sup>14</sup>. Entendu comme un procédé automatisé, le filtrage a pour objectif le blocage de certains contenus. Ainsi, comme l'a souligné l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions précédant l'arrêt *Scarlet c. Sabam* de la Cour de justice, « le contrôle à mettre en place, qui comporte ainsi une phase de filtrage et une phase d'identification, est donc essentiellement défini par les résultats qu'il doit produire, en relation avec l'objectif de blocage des fichiers détectés comme portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle »<sup>15</sup>. À l'inverse, le blocage d'un contenu spécifique n'implique pas nécessairement un filtrage préalable.

Les deux types de mesures n'en présentent pas moins deux points communs. Dans les deux cas, les dimensions du filet déployé risquent d'être trop réduites<sup>16</sup>. Les mesures de filtrage et de blocage peuvent à cet égard être qualifiées d'« *underinclusive* » pour souligner leur relative inefficacité. Le filet ne parvient pas à juguler efficacement l'ensemble des communications illicites. Certains de ces contenus trouvent

<sup>12</sup> Voy. à cet égard l'*Étude comparative sur le blocage, le filtrage, le retrait de contenus illégaux sur Internet, 2015*, réalisée par l'Institut suisse de droit comparé à la demande du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, février 2017, pp. 19, 22 et 23. Voy. aussi recommandation CM/Rec(2018) 2 du Comité des ministres aux États membres sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'Internet, adoptée le 7 mars 2018, pt 6.

<sup>13</sup> Il semble que les expressions « blocage » ou le « filtrage » sont parfois utilisées de façon interchangeable dans la littérature juridique. Une mesure de filtrage technique a ainsi pu être définie largement comme « l'application d'une limite technique à l'accès aux contenus internet ». Voy. le rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique, CM(2008) 37add, 26 février 2008, § 6. Le texte intégral du rapport est disponible sur le site du Conseil de l'Europe ([www.coe.int](http://www.coe.int)). Voy. aussi C. CALLANAN, M. GERCKE, E. DE MARCO et H. DRIES-ZIEKENHEINER, *Filtrage d'Internet – Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, rapport, p. 10. Le rapport est disponible dans son intégralité à l'adresse suivante : <http://juriscom.net/wp-content/documents/lib20100520.pdf>. Le blocage, quant à lui, a pu être décrit comme se référant « aux mesures prises pour empêcher un utilisateur final d'avoir accès à certains contenus » (F. LA RUE, « Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression », O.N.U., Assemblée générale, 16 mai 2011, A/HRC/17/27, § 29).

<sup>14</sup> Voy. C. MANARA, « Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires *Sabam* », 2011, *juriscom.net*, <http://juriscom.net/wp-content/documents/resp20111004.pdf>, p. 6 : « [f]iltrage et blocage sont interdépendants. Le filtrage peut être vu comme le fait d'immerger un filet, et le blocage d'en choisir la dimension des mailles afin d'attraper tel ou tel type de poisson ».

<sup>15</sup> Conclusions de l'avocat général M. Cruz Villalón présentées le 14 avril 2011, § 48. Nous soulignons.

<sup>16</sup> Voy. à propos du filtrage, M. JAYASURIYA, J. PEARLMAN, S. SIY, R. TOPOLSKI et M. WEINBERG, « Forcing the Net Through a Sieve : Why Copyright Filtering is Not a Viable Solution for U.S. ISPs », *PLI Order*, 2010, pp. 221-282. Le texte de l'étude est disponible à l'adresse suivante : <http://www.publicknowledge.org/paper/pk-filtering-whitepaper>.

leur chemin en le contournant ou en passant au travers des mailles du filet<sup>17</sup>. D'un autre côté et dans le même temps, les mesures en question apparaissent « *overinclusive* », en ce que les mêmes mailles du filet se révèlent extrêmement étroites. En conséquence, des contenus parfaitement licites s'y trouvent bloqués<sup>18</sup>. En somme, avec ou sans filtre, on risque toujours d'en faire trop et, dans le même temps, de ne pas en faire assez<sup>19</sup>. Voilà pourquoi il nous a paru opportun de traiter ensemble les deux types de mesures dans la présente étude, même si leurs particularités pourront rejaillir, de manière indirecte, sur l'appréciation de leur proportionnalité<sup>20</sup>.

2) La présente contribution se concentre sur les mesures de filtrage et de blocage de contenus. Elle ne vise dès lors pas les mesures de blocage d'accès à l'infrastructure du réseau<sup>21</sup>, ni le droit d'accès à Internet dont les détenus pourraient bénéficier dans certaines circonstances, question qui fait l'objet d'une contribution particulière<sup>22</sup>. Elle n'envisage pas spécifiquement les mesures de limitation de bande passante. Elle ne porte pas davantage sur le retrait de contenus par un fournisseur d'hébergement, ni sur le déréférencement qui pourrait être exigé de la part d'un fournisseur de moteur de recherche, ces questions étant traitées par d'autres auteurs dans cet ouvrage<sup>23</sup>. Le retrait ou la suppression d'un contenu « consiste pour l'essentiel en une exigence ou en des mesures adressées à l'exploitant d'un site (ou à « l'hébergeur ») pour qu'il *supprime ou efface* le contenu ou les pages incriminées du site »<sup>24</sup> tandis que le blocage ou le filtrage constituent des mesures techniques, généralement prises par le fournisseur d'accès à Internet et visant à restreindre l'accès à des données, souvent lorsque ces dernières se trouvent hébergées à l'étranger ou lorsque, pour une autre raison, le retrait du contenu s'avère difficile à obtenir. En raison de leur efficacité limitée et leurs importants effets collatéraux, les mesures de blocage et de

<sup>17</sup> Dans un récent commentaire, N. Muižnieks, alors Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, parle de « faux négatifs » (N. MUIŽNIEKS, « Arbitrary Internet Blocking Jeopardises Freedom of Expression », Strasbourg, 26 septembre 2017).

<sup>18</sup> On peut alors parler de « faux positifs » (*ibid.*).

<sup>19</sup> Voy. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires d'Internet : la quadrature du cercle ? », *op. cit.*, p. 99, n° 47.

<sup>20</sup> Voy. *infra* à ce sujet.

<sup>21</sup> Sur la protection du droit d'accès au réseau internet, voy. P. FR. DOUQUIN, « Internet, les raisons d'un droit d'accès », in *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international* (C. DOUTRELEPONT, Fr. DUBUISSON et A. STROWEL dir.), *op. cit.*, pp. 349-361, et la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel français. Voy. également W. H. DUTTON, A. DOPATKA, M. HILLS, G. LAW et V. NASH, *Freedom of Connection-Freedom of Expression : The Changing Legal and Regulatory Ecology Shaping the Internet*, Oxford, Oxford Internet Institute, 29 novembre 2010.

<sup>22</sup> Voy. la contribution de D. Scalia et J. Fischmeister dans le présent ouvrage.

<sup>23</sup> Voy. les contributions respectives de K. Lemmens, de C. Ruet et d'E. Cruysmans dans le présent ouvrage.

<sup>24</sup> Cf. l'étude précitée de l'Institut suisse de droit comparé, p. 4. Nous soulignons.

filtrage s'avèrent particulièrement intrusives pour la liberté d'expression et appellent une analyse différenciée de celle applicable aux mesures de retrait de contenus, notamment en termes de proportionnalité, ce qui justifie la spécificité de la présente contribution<sup>25</sup>.

## I. Deux questions préalables

Avant de s'interroger plus avant sur la conformité des mesures de filtrage et de blocage avec le contenu matériel de l'article 10, il nous faut répondre à deux questions préliminaires qui concernent l'applicabilité de cette disposition.

### A. – *La protection par l'article 10 de la Convention de la liberté d'expression sur Internet*

La première question, qui confine sans doute au truisme, est de savoir si la liberté d'expression est applicable au réseau des réseaux. Au terme d'un suspense tout relatif, la Cour de Strasbourg a ainsi logiquement admis que, « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information »<sup>26</sup>, confirmant, si besoin en était, qu'Internet bénéficie bien de la garantie de l'article 10 de la Convention. Dans la première affaire qui concernait le blocage d'une plateforme d'expression numérique, la Cour a d'ailleurs affirmé que « Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public »<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> En ce sens, voy. l'étude précitée de l'Institut suisse de droit comparé, pp. 4 et 18. Sur le caractère éventuellement subsidiaire des mesures de blocage et de filtrage par rapport aux mesures de retrait de contenu, voy. nos développements *infra*.

<sup>26</sup> Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 10 mars 2009, *Times Newspapers Limited* (n<sup>os</sup> 1 et 2) c. Royaume-Uni, § 27, R.D.T.I., 2009, vol 37, p. 87, note Q. VAN ENIS. La protection par l'art. 10 de la communication au moyen d'Internet a été confirmée à la faveur d'arrêts et de décisions ultérieurs de la Cour : voy. not. Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel* c. Ukraine, § 64 ; 2<sup>e</sup> sect., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim* c. Turquie, §§ 48 et 49 ; 5<sup>e</sup> sect., 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres* c. France, § 34 ; 5<sup>e</sup> sect., 19 février 2013, *Neij et Sunde Kolmisoppi* c. Suède ; 2<sup>e</sup> sect., 11 mars 2014, *Akdeniz* c. Turquie, § 24 ; 4<sup>e</sup> sect., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski* c. Pologne, § 59 ; Gde ch., 16 juin 2015, *Delfi AS* c. Estonie, § 110 ; 2<sup>e</sup> sect., 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Cengiz et autres* c. Turquie, § 52 ; 2<sup>e</sup> sect., 19 janvier 2016, *Kalda* c. Estonie, § 44 ; 4<sup>e</sup> sect., 2 février 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu Zrt* c. Hongrie, § 56 ; 4<sup>e</sup> sect., 17 janvier 2017, *Jankovskis* c. Lituanie, § 54 ; 3<sup>e</sup> sect., 7 février 2017, *Pihl* c. Suède ; 4<sup>e</sup> sect., 4 décembre 2018, *Magyar Jeti ZRT* c. Hongrie, § 66.

<sup>27</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim* c. Turquie, § 54.



B. – *Le statut de « victime » d'une ingérence dans l'un des droits garantis par l'article 10 de la Convention*

La seconde question préliminaire à laquelle il convient de répondre se situe aux confins de l'article 10 et de l'article 34 de la Convention. On le sait, cette dernière disposition soumet la recevabilité de la requête portée devant la Cour de Strasbourg à la condition pour le requérant de revêtir la qualité de victime d'une violation d'un droit garanti par la Convention<sup>28</sup>. Dans le contexte qui nous occupe, cette condition exige du requérant qu'il démontre avoir subi une atteinte personnelle à l'un des droits garantis par l'article 10.

Qui pourrait donc se prétendre victime d'une ingérence dans l'un des droits dérivant de la liberté d'expression en raison du déploiement sur le net d'une mesure de filtrage ou de blocage ?

Tout d'abord, les *intermédiaires*<sup>29</sup> pourraient, en tant que tels, se prévaloir de leur liberté d'expression<sup>30</sup> en tant que fournisseurs d'infrastructure permettant à d'autres de répandre des idées et des opinions. Ainsi, dans le domaine de l'imprimé, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement posé qu'en fournissant un support aux auteurs, les éditeurs participaient pleinement à la liberté d'expression et disposaient ainsi d'un *locus standi* leur permettant d'alléguer devant la Cour de Strasbourg une violation de ce droit<sup>31</sup>. On voit mal comment la haute juridiction européenne pourrait refuser aux intermédiaires d'Internet une protection similaire, qui semble s'imposer par identité de motifs. Au demeurant, la haute juridiction strasbourgeoise a déjà admis que « l'article 10 concerne non

<sup>28</sup> « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétendent victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ». Nous soulignons.

<sup>29</sup> Non visés par les directives européennes au contraire des fournisseurs d'accès et d'hébergement, les fournisseurs de moteurs de recherche devraient également pouvoir invoquer leur liberté d'expression pour s'opposer aux demandes de déréférencement de certains sites de leurs résultats. Voy. l'annexe à la recommandation CM/Rec(2012) 3 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, adoptée le 4 avril 2012, lors de la 1139<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, §§ 12-16 et spéc. § 12 : « L'exploration et l'indexation libres des informations diffusées sur Internet sont un préalable à l'existence des moteurs de recherche efficaces. Le filtrage et le blocage d'un contenu sur Internet par les fournisseurs de moteurs de recherche peuvent constituer une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention en vertu des droits reconnus aux fournisseurs et aux utilisateurs de diffuser des informations et d'y accéder », [www.coe.int](http://www.coe.int). On soulignera toutefois que dans l'affaire *Google Spain*, qui l'a vue déduire de la directive 95/46/CE sur la protection des données à caractère personnel un véritable droit au déréférencement opposable aux moteurs de recherche, la Cour de justice de l'Union européenne s'est bornée à envisager le seul intérêt économique de l'exploitant d'un tel service et celui des internautes à accéder à l'information (C.J.U.E. [Gde ch.], *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos [AEPD]*, Mario Costeja González, C-131/12).

<sup>30</sup> Dans les arrêts *Scarlet*, *Netlog* et *UPC Telekabel Wien* précités, la Cour de justice de l'Union européenne s'est bornée à envisager la situation des intermédiaires techniques sous le seul angle de la liberté d'entreprise consacrée par l'art. 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>31</sup> Voy., parmi de nombreux autres arrêts, Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., 18 mai 2004, *Éditions Plon c. France*, § 22.



seulement le contenu des informations, mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations »<sup>32</sup>. On notera encore que dans l'affaire *Delfi*, qui portait sur la responsabilité d'un portail d'information à raison de commentaires publiés par des internautes, la Cour a rejeté l'exception d'incompatibilité *ratione materiae* soulevée par le gouvernement estonien qui arguait que, dans la mesure où la société requérante soutenait n'être ni l'auteur ni la propagatrice des commentaires litigieux, cette dernière ne pouvait prétendre à une violation de sa propre liberté d'expression<sup>33</sup>.

Ensuite, les *internautes* pourraient, le cas échéant, se trouver directement affectés par l'établissement d'une mesure de filtrage ou de blocage<sup>34</sup>.

Ils pourraient revêtir la qualité d'*auteur* d'un contenu volontairement ou involontairement bloqué. Dans l'hypothèse d'une limitation des moyens techniques leur permettant d'accéder à tout ou partie d'Internet, il nous semble qu'ils devraient également pouvoir invoquer, comme simples *utilisateurs*, tant actifs que passifs, une ingérence dans leur droit général de recevoir des informations.

Sur ce dernier point, la jurisprudence européenne n'est cependant pas exempte de contradictions. Une différence d'approches semble exister entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>35</sup>.

Dans un arrêt *UPC*, rendu sur le terrain du droit d'auteur, la Cour de justice de l'Union européenne semble avoir soumis la possibilité d'enjoindre à un fournisseur d'accès de mettre en place une mesure de blocage dirigée contre un contenu déterminé à la possibilité pour les internautes de contester cette mesure *a posteriori* devant un juge, à tout le moins dans l'hypothèse où cette dernière ne spécifierait pas le dispositif technique à mettre en place, et ce, afin, de contrôler la manière dont l'intermédiaire a pris en considération leur droit fondamental d'accéder

<sup>32</sup> Cour eur. D.H. (plén.), 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, § 47. Voy. également Cour eur. D.H. (3<sup>e</sup> sect.), 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, § 32 et, s'agissant d'Internet, Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, § 50.

<sup>33</sup> Cour eur. D.H. (1<sup>re</sup> sect.), 10 octobre 2013, *Delfi AS c. Estonie*, §§ 48-50. La même exception n'a plus été soulevée par le Gouvernement lorsque l'affaire fut ultérieurement renvoyée devant la Grande chambre de la Cour, laquelle s'est prononcée par un arrêt du 16 juin 2015.

<sup>34</sup> Voy. C.J.U.E., arrêts *Scarlet* et *Netlog*, préc., respectivement aux §§ 50 et 48.

<sup>35</sup> À ce sujet, voy. not. A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *Rev. trim. D.H.*, 2014, pp. 889-911.

à l'information<sup>36</sup>. Comme le constate la Cour de Luxembourg, dans la situation d'une injonction qui laisse le choix des moyens à mettre en œuvre au fournisseur d'accès en vue d'empêcher la consultation des contenus protégés par le droit d'auteur, « [...] les juridictions nationales n'auront pas la possibilité d'effectuer un [...] contrôle au stade de la procédure d'exécution, faute de contestation à ce sujet »<sup>37</sup>, la haute juridiction européenne ajoutant qu'il est dès lors « nécessaire que les règles nationales de procédure prévoient la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet »<sup>38</sup>. La prise en compte du droit des internautes à accéder à l'information est louable. En l'espèce, la possibilité laissée aux internautes de saisir le juge *a posteriori* apparaît comme la contrepartie de la liberté laissée au fournisseur d'accès d'opter pour la méthode de blocage de son choix, liberté qui, quant à elle, contribue aux yeux de la Cour à ménager la liberté d'entreprise de l'intermédiaire, érigée en droit fondamental par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>39</sup>. À notre estime, un tel droit d'accès au juge devrait être reconnu de manière générale aux internautes, indépendamment de la question de savoir si l'injonction judiciaire précise ou non le dispositif de blocage à mettre en œuvre par l'intermédiaire. En effet, il semble difficile d'exclure totalement qu'une mesure de blocage, même délimitée dans une ordonnance judiciaire, puisse entraîner des effets collatéraux pour les internautes désireux d'accéder à des contenus licitement diffusés sur le net<sup>40</sup>.

Sans se prononcer directement sur la question des personnes ayant un intérêt à agir pour se plaindre de mesures de filtrage ou de blocage, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait déjà soumis le prononcé d'une mesure de filtrage ou de blocage visant un contenu spécifique et clairement identifiable à la condition qu'« une autorité nationale compétente [ait] pris une décision au sujet de l'illégalité de ce contenu » et que « la décision [puisse] être réétudiée par un tribunal ou entité de

<sup>36</sup> Arrêt *UPC Telekabel Wien*, préc.

<sup>37</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », *op. cit.*, p. 196, n° 17.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 196 et 197, n° 18. On relèvera encore que dans sa décision *Akdeniz c. Turquie*, adoptée le 11 mars 2014, la Cour de Strasbourg a rejeté le grief tiré d'une violation de l'art. 6 de la Convention invoqué par le requérant, en raison de la conclusion d'incompatibilité *ratione personae* adoptée sur le terrain de l'art. 10 de la Convention (§ 29). Dans son arrêt *Yildirim* préc., la Cour a cependant conclu à la violation de l'art. 10, en raison de l'absence dans le droit interne d'obligation pour le juge d'examiner les conséquences disproportionnées d'une mesure de blocage (§ 66). Voy. également ci-dessous nos développements relatifs à l'appréciation de la nécessité de l'ingérence.

régulation indépendant et impartial, en accord avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>41</sup>. Dans le même ordre d'idées, au sein de l'Union européenne, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3*bis*, de la directive 2002/21/CE<sup>42</sup>, inséré par la directive 2009/140/CE<sup>43</sup>, prévoit que toute mesure restreignant « l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux [...] ne peut être instituée que si [...] sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates [...], y compris le droit à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière [...]. Le droit à un contrôle juridictionnel effectif en temps utile est garanti »<sup>44</sup>.

Il n'en demeure pas moins que pour être réellement efficace, l'exercice *a posteriori* d'un droit d'accès au juge – pour autant que ce droit soit déjà reconnu – dépend, d'une part, de la connaissance par les internautes<sup>45</sup> de l'existence du déploiement d'un dispositif de blocage et, d'autre part, de leur volonté d'aller jusqu'à s'engager dans une action en justice en vue d'accéder à l'information recherchée. À nos yeux, la prise en compte des intérêts des usagers par le juge d'initiative *avant* le prononcé de toute injonction constituerait donc une meilleure manière de sauvegarder la liberté d'information des internautes que l'octroi aux internautes d'un aléatoire droit d'action *a posteriori*<sup>46</sup>. S'il peut contribuer à l'exercice par les internautes de leur droit de recevoir des

<sup>41</sup> Recommandation CM/Rec(2008) 6 du Comité des ministres aux États membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet, adoptée le 26 mars 2008.

<sup>42</sup> Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.C.E.*, L 108, 24 avril 2002, p. 33.

<sup>43</sup> Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communication électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 337, 18 décembre 2009, p. 27.

<sup>44</sup> Par sa formulation large, la disposition semble pouvoir être appliquée au-delà du contexte qui avait présidé à son adoption, à savoir celui des sanctions de déconnexion imposées aux internautes s'étant rendus coupables de violations du droit d'auteur par le biais de téléchargements de fichiers protégés. Voy. à cet égard le considérant 4 de la directive 2009/140/CE.

<sup>45</sup> On relèvera au passage que l'arrêt *UPC* précité de la C.J.U.E. ne fait aucunement référence à une quelconque obligation de notification de l'auteur ou de l'éditeur du contenu bloqué par la mesure de blocage mise en place.

<sup>46</sup> Rappr. conclusions de l'avocat général Cruz Villalón précédant l'arrêt *UPC*, présentées le 26 novembre 2013, § 88-89 : « [l']équilibre des droits fondamentaux doit être apprécié, selon la jurisprudence, dès l'adoption de l'injonction ». L'absence d'une telle prise en compte placerait le fournisseur d'accès devant un dilemme dangereux pour la liberté d'information des internautes : « [s']il décide d'adopter une mesure de blocage moins drastique afin de respecter la liberté d'information de ses clients, il aura à craindre qu'une astreinte ne lui soit infligée à l'issue de la procédure d'exécution. S'il décide, à l'inverse, de mettre en œuvre une mesure de blocage plus intensive, il aura à craindre une situation de conflit avec ses clients ».

informations, le droit d'accès au juge postérieurement au prononcé d'une mesure de filtrage ou de blocage limité ne devrait donc pas conduire à remettre en cause l'obligation pour les cours et tribunaux, en tant qu'autorités publiques, de prendre *directement* en compte les intérêts attachés à la liberté d'expression, au titre de l'effet direct de l'article 10 de la Convention et de l'article 11 de la Charte, lorsqu'ils sont invités, en vue de sauvegarder d'autres intérêts légitimes, à adopter une mesure restrictive de cette liberté fondamentale.

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence pour le moins contrastée sur cette question, en excluant dans un premier temps la qualité de « victime » dans le chef d'un utilisateur de sites bloqués et en élaborant dans un second temps une subtile distinction entre les utilisateurs passifs et les utilisateurs actifs de sites Web.

Par une décision sur la recevabilité dans une affaire *Akdeniz c. Turquie*<sup>47</sup>, tout d'abord, la Cour de Strasbourg s'est ralliée à l'appréciation des juridictions internes qui avaient considéré qu'un internaute, en tant que simple utilisateur passif, n'était pas fondé à contester une mesure de blocage prononcée à l'égard de deux sites Web en raison de violations à la législation sur le droit d'auteur et qu'une éventuelle réclamation aurait dû provenir du gestionnaire du site Web bloqué ou du fournisseur d'accès, destinataire direct de l'injonction de blocage. La Cour européenne a conclu que la requête était incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention et l'a déclarée irrecevable.

Pour la haute juridiction européenne, l'utilisateur passif, même régulier, d'un site ne bénéficie d'aucun *locus standi* pour se plaindre de la mesure de blocage litigieuse : « [...] le seul fait que le requérant – tout comme les autres utilisateurs en Turquie des sites en question – subit les effets indirects d'une mesure de blocage concernant deux sites consacrés à la diffusion de la musique ne saurait suffire pour qu'il se voie reconnaître la qualité de "victime" au sens de l'article 34 de la Convention »<sup>48</sup>. En dépit de ce constat, la Cour a tout de même pris la

<sup>47</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 11 mars 2014, *Akdeniz c. Turquie*.

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 24. La Cour distingue les circonstances de l'affaire de celles entourant son précédent arrêt *Ahmet Yildirim* préc., dans lequel elle avait admis la requête adressée par un propriétaire et utilisateur d'un site internet bloqué en raison de l'effet collatéral d'une mesure de blocage dirigée contre un autre site Web (§ 27 de la décision). À notre connaissance, l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* reste le seul exemple de la reconnaissance par la Cour de la qualité de victime au récepteur potentiel du propos censuré. Il s'agissait en l'espèce de l'interdiction faite à des associations de délivrer aux femmes enceintes des informations sur la possibilité d'avorter à l'étranger. Pour aboutir à la conclusion que les requérantes particulières risquaient de supporter directement les effets de la mesure d'interdiction litigieuse, la Cour s'est satisfaite de la circonstance que les requérantes « [figuraient] sans conteste parmi les femmes en âge

peine de se livrer à certaines appréciations qui peuvent laisser croire que sa position était en grande partie fondée sur les circonstances propres au cas d'espèce. Ainsi, l'absence de qualité de victime dans le chef du requérant paraît fondée notamment sur l'accessibilité persistante à des contenus de nature similaire<sup>49</sup>. L'incompatibilité *ratione personae* de la requête semble également découler du contenu purement musical des sites litigieux, dont le blocage n'empêchait pas le requérant de prendre part à un débat d'intérêt général<sup>50</sup>. La haute juridiction européenne fait ainsi écho au droit qu'a le public de recevoir des informations sur toute question d'intérêt général et qui se dessine en parallèle avec la mission assignée à la presse en démocratie<sup>51</sup>. Si le critère de l'intérêt général apparaît incontournable dans la nécessaire mise en balance entre les droits et libertés en conflit et si la haute juridiction strasbourgeoise l'avait déjà érigé en arbitre entre le droit à la liberté d'expression et le droit d'auteur<sup>52</sup>, il est pour le moins étonnant de le voir ici utilisé au stade de l'appréciation de la recevabilité d'une requête dans la détermination du champ d'application *ratione personae* d'une liberté consacrée par la Convention, celle de recevoir des idées et des informations sans ingérence des autorités publiques.

Une affaire *Cengiz et autres c. Turquie*<sup>53</sup> a donné une nouvelle occasion à la Cour de se prononcer sur la question. Cette affaire, introduite par des enseignants dans différentes universités, portait sur le blocage d'accès à YouTube. Les requérants alléguaient une violation de leur droit à la liberté de recevoir et communiquer des informations.

de procréer pouvant pâtir des restrictions incriminées » (Cour eur. D.H. (plén.), arrêt du 29 octobre 1992, § 44). Auparavant, la défunte Commission européenne des droits de l'homme avait déjà jugé qu'il ne s'imposait pas de trancher la question de savoir si l'art. 10 garantissait « un droit général d'être au courant de toute information ou idée qu'un auteur destine à la publication », étant donné l'absence d'ingérence dans l'exercice des droits protégés par l'art. 10 (Comm. eur. D.H., 4 mars 1976, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*).

<sup>49</sup> Déc. *Akdeniz*, préc., § 25.

<sup>50</sup> La Cour distingue les circonstances de l'espèce de celles entourant l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède* (Cour eur. D.H., arrêt du 16 décembre 2008, §§ 44 et 45), qui concernait les obligations positives des États, et dans laquelle elle avait relevé que le refus opposé par un propriétaire à ses locataires d'installer une antenne leur permettant de capter des émissions en provenance de leur pays d'origine a eu pour conséquence de les priver notamment de reportages portant sur des questions d'intérêt général mais où la haute juridiction avait également souligné que « la liberté de recevoir des informations ne se limite pas aux sujets relatifs à des événements d'intérêt public : elle vise aussi, en principe, les expressions culturelles ainsi que le divertissement pur et simple ».

<sup>51</sup> Voy. parmi de nombreux autres arrêts, Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, § 65. Voy. également Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, pp. 127 et s., n° 86 et s.

<sup>52</sup> Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, § 39 (refusant de voir une contribution à un débat d'intérêt général dans la reproduction de photographies de défilés de mode sur un site internet à des fins commerciales).

<sup>53</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Cengiz et autres c. Turquie*. À l'instar de la conclusion à laquelle la Cour était parvenue dans une précédente affaire *Yildirim c. Turquie*, tranchée en 2012, la Cour a considéré que l'ingérence ne répondait pas à l'exigence de légalité prévue par l'art. 10, § 2, de la Convention, l'organe juridictionnel strasbourgeois estimant non nécessaire de contrôler le respect des autres exigences découlant de cette disposition. Voy. *infra* à propos de cet arrêt.

Dans son arrêt, la Cour a cette fois d'emblée déclaré la requête recevable et considéré que l'exception tirée par le gouvernement de l'absence alléguée de la qualité de victime des requérants était étroitement liée à l'appréciation du fond. La Cour a posé en principe que la qualité de victime dépend des circonstances de chaque affaire, en particulier de la manière dont le requérant utilise le site bloqué et de l'ampleur des conséquences du blocage sur sa situation personnelle.

En l'espèce, la Cour a souligné les répercussions du blocage de YouTube pour l'accomplissement du travail académique des requérants, qui, à son estime, ne pouvaient être considérés comme de simples utilisateurs passifs de cette plateforme, dans la mesure où ils utilisaient ces vidéos pour illustrer certains de leurs cours mais y publiaient également des contenus. Au surplus, la haute juridiction a mis en évidence deux grandes différences qui caractériseraient selon elle cette nouvelle affaire par rapport à la précédente affaire *Akdeniz* : d'une part, le fait que YouTube est un important vecteur de diffusion de discours politique, au contraire des sites Web concernés dans la première affaire et, d'autre part, le fait que le blocage de cette plateforme de partage de contenus laissait les requérants sans alternative raisonnable. Aussi la Cour souligne-t-elle que « YouTube diffuse non seulement des œuvres artistiques et musicales, mais constitue également une plateforme très populaire pour le discours politique et les activités politiques et sociales »<sup>54</sup> et que « les informations politiques ignorées par les médias traditionnels ont souvent été divulguées par le biais de YouTube, ce qui a permis l'émergence d'un journalisme citoyen. Dans cette optique, la Cour a admis que cette plateforme était unique compte tenu de ses caractéristiques, de son niveau d'accessibilité et surtout de son impact potentiel, et qu'il n'existait pour les requérants, aucun équivalent »<sup>55</sup>.

On le voit, l'approche au cas par cas retenue par la Cour de Strasbourg contraste avec celle retenue par Cour de Luxembourg dans l'arrêt *UPC* où la seconde a reconnu, à tout le moins en certaines circonstances, un droit aux utilisateurs de s'opposer à une mesure de blocage en recourant à la voie judiciaire<sup>56</sup>. Certes, les États parties à la Convention européenne restent libres de dépasser les exigences minimales qu'elle contient mais,

<sup>54</sup> Arrêt *Cengiz et autres c. Turquie*, préc., § 51.

<sup>55</sup> *Ibid.*, §§ 51 et 52.

<sup>56</sup> Dans le même sens, A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur Internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *op. cit.*, p. 895. On relèvera que dans sa décision *Akdeniz*, la Cour de Strasbourg ne précise pas si une technique particulière de blocage avait été imposée au fournisseur d'accès ou si ce dernier disposait, comme dans l'affaire *UPC*, d'un choix dans la mesure de blocage à mettre en œuvre.

compte tenu de la consécration de la liberté d'expression aussi bien dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que dans la Convention<sup>57</sup>, on aurait préféré une solution plus convergente de la part des deux hautes juridictions européennes.

## II. Le contenu matériel de l'article 10 de la Convention

Il y a lieu à présent de s'interroger sur le contenu normatif de l'article 10 de la Convention. Un simple regard jeté sur cette disposition fait apparaître que la liberté d'expression n'est pas absolue, son second paragraphe réservant une possibilité d'ingérence dans les droits qui s'y trouvent garantis. Pour être admissible, une restriction doit toutefois satisfaire à trois conditions cumulatives : elle doit être « prévue par la loi », être dirigée vers l'un des buts légitimes limitativement énumérés au second paragraphe et apparaître « nécessaire dans une société démocratique ». Les mesures de filtrage et de blocage doivent donc être passées successivement au crible de chacune ces trois conditions. Il convient cependant d'annoncer que la troisième condition (dite de proportionnalité) appellera de notre part les développements les plus substantiels et ce même si, dans les affaires sur lesquelles elle s'est prononcée à ce jour, la Cour de Strasbourg s'est limitée à analyser la première condition dite de « légalité » de l'ingérence.

### A. – *La condition de légalité*

L'ingérence doit tout d'abord être « prévue par la loi », c'est-à-dire résulter d'une norme prévisible et accessible à ses destinataires leur permettant de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences qui s'attachent à leur comportement<sup>58</sup>. Rempart contre l'arbitraire, l'exigence de légalité est capitale aux yeux des juges strasbourgeois<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> On notera par ailleurs, s'agissant de la balance à effectuer entre la liberté d'expression et le droit d'auteur, que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les droits de propriété intellectuelle étaient protégés par l'art. 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention. Voy. Cour eur. D.H. (Gde ch.), 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, § 72 ; Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), *Ashby Donald*, préc., § 40 ; Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 19 février 2013, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*.

<sup>58</sup> Voy. de manière générale, Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times n° 1 c. Royaume-Uni*, § 49, et, dans le contexte de l'exercice de la liberté d'expression sur Internet, Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, §§ 51, 52 et 64 (sur la nécessité d'un cadre légal suffisant régissant l'utilisation par les journalistes de matériaux provenant d'Internet), et 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, §§ 57-59.

<sup>59</sup> Voy., en ce sens, Cour eur. D.H., *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, préc., § 51, où la Cour affirme que la condition de légalité constitue la plus importante des trois conditions posées par l'art. 10, § 2, de la Convention, à l'admissibilité d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression.



De la même manière, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Scarlet*, l'avocat général Cruz Villalón avait mis l'accent sur la condition de légalité, en considérant que la mesure de filtrage dont l'imposition était recherchée par la Sabam n'était pas prévue de manière évidente par les textes existants et revenait à imposer au fournisseur d'accès une obligation nouvelle en dehors de toute base légale et au mépris de l'exigence de prévisibilité<sup>60</sup>. L'on ajoutera, pour notre part, que la mesure aurait manqué de transparence à l'égard des internautes également. L'écueil de la légalité aurait pu être dirimant. La Cour de justice a toutefois préféré cumuler d'autres arguments pour rejeter la mesure de filtrage généralisée demandée par les titulaires de droits<sup>61</sup>. Parmi ces différents arguments, le motif tiré du droit à la liberté d'expression sera analysé plus loin.

La condition de légalité est considérée comme renforcée sur le terrain des mesures préventives<sup>62</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme exigeant dans ce domaine « un cadre légal particulièrement strict »<sup>63</sup>. Qu'en est-il des mesures de filtrage et de blocage ? Ces mesures doivent-elles être qualifiées de restrictions préalables ?

Une mesure de filtrage généralisé peut certainement répondre à cette qualification en ce qu'elle vise l'ensemble des contenus indépendamment de tout abus. Le constat est moins net s'agissant d'une mesure de blocage si l'on veut bien se rappeler que la Cour de Strasbourg a refusé de voir une restriction préventive dans l'imposition d'une mesure de retrait prononcée par un juge à l'égard d'une publication particulière ayant déjà

<sup>60</sup> Conclusions de l'avocat général M. Cruz Villalón, préc., § 66.

<sup>61</sup> Les arguments développés par la Cour s'inscrivent dans un triangle que d'aucuns ont qualifié de « diabolique » (S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *R.D.T.I.*, 2011, vol. 45, pp. 186 et s.). Tout d'abord, les mesures qui peuvent être prononcées à l'égard des intermédiaires doivent être loyales et équitables, ne pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés. Elles doivent être effectives, proportionnées, dissuasives et s'abstenir de créer des obstacles au commerce légitime. Ensuite, les mesures imposées ne peuvent conduire à faire supporter aux prestataires techniques une obligation générale de surveillance prohibée par l'art. 15 de la directive sur le commerce électronique. Enfin, en prononçant ces injonctions, les juges doivent veiller à ménager un juste équilibre entre les droits et libertés en présence. Pour une analyse fouillée de l'arrêt *Scarlet c. Sabam*, voy. D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet c. Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, 2012, vol. 46, pp. 33-65.

<sup>62</sup> J. Velaers a proposé trois critères de distinction pour faire le départ entre les mesures préventives et mesures répressives (J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, t. I, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1991, p. 139, n<sup>os</sup> 116 et 117). Une première caractéristique essentielle des mesures répressives serait de ne viser que les abus de la liberté d'expression et non son exercice potentiellement licite. Ensuite, la nature d'une restriction *a posteriori* serait d'intervenir alors que la liberté a pu (pleinement) être exercée. Enfin, la mesure répressive supposerait, au contraire de la mesure préventive, que l'abus ait été préalablement constaté par un juge compétent pour en connaître.

<sup>63</sup> Voy. Cour eur. D.H. (3<sup>e</sup> sect.), 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, § 58 ; 2<sup>e</sup> sect., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, § 105 ; 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, § 64.

connu un début de diffusion<sup>64</sup>. À cet égard, le blocage d'un site entier devrait être distingué du blocage d'un contenu spécifique et clairement identifié<sup>65</sup>. En effet, à suivre le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, « la liberté d'expression, d'information et de communication doit être respectée dans un environnement numérique tout comme dans un environnement non numérique. Elle ne doit pas être soumise à d'autres restrictions que celles prévues à l'article 10 de la Convention, pour la simple raison qu'elle s'exerce sous une forme numérique »<sup>66</sup>. Or, la fermeture d'un site entier pourrait être considérée comme équivalente à la fermeture d'un journal, que la Cour européenne a eu l'occasion de qualifier d'ingérence préventive disproportionnée à la prévention du crime et à la défense de l'ordre<sup>67</sup>. Dans son récent rapport intitulé « Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Rôle des institutions – Menaces aux institutions », adopté en mai 2018, le secrétaire général du Conseil de l'Europe soutient lui aussi que « le blocage des contenus, la limitation du trafic internet et la fermeture d'un site internet entier constituent les formes d'ingérence les plus graves dans l'expression en ligne, dans la mesure où ces actions empêchent l'information d'atteindre le public visé. Elles s'apparentent sur ce plan à de la restriction préalable à la diffusion »<sup>68</sup>.

À notre estime, il en irait de même, *a fortiori*, dans le cas d'un blocage aveugle de l'ensemble d'une plate-forme d'expression en raison de la présence sur cette plateforme d'un seul contenu problématique.

Deux affaires tranchées par la Cour européenne des droits de l'homme et toutes deux dirigées contre la Turquie permettent d'illustrer le propos. Dans l'affaire *Yildirim c. Turquie*<sup>69</sup> tout d'abord, le requérant avait vu sa page personnelle, parfaitement licite, prise dans le filet d'une mesure de blocage dirigée vers un tout autre site dont le titulaire était accusé

<sup>64</sup> Cour eur. D.H. (1<sup>re</sup> sect.), 9 novembre 2006, *Leempoel et s.a. Éd. Ciné Revue c. Belgique*, § 87. Comp. Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, § 65.

<sup>65</sup> Y. AKDENIZ, « To Block or not to Block : European Approaches to Content Regulation, and Implications for Freedom of Expression », *Computer Law & Security Review*, 2010, vol. 26, p. 271 : « [...] blocking access to content on websites indefinitely could result to "prior restraint" ».

<sup>66</sup> Déclaration sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la société de l'information, adoptée par le Comité des ministres le 13 mai 2005 lors de la 926<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

<sup>67</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 20 octobre 2009, *Ürper et autres c. Turquie*, §§ 39-45.

Voy. également Y. AKDENIZ, « To Block or not to Block : European Approaches to Content Regulation, and Implications for Freedom of Expression », *op. cit.*, p. 271. Le blocage d'un nom de domaine pourrait également être perçu comme une atteinte au droit de propriété dès lors que le droit d'utiliser un nom de domaine présente une valeur économique et correspond à un « bien » au sens de l'art. 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 1. Voy. Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 18 septembre 2007, *Paefgen GmbH c. Allemagne*.

<sup>68</sup> T. JAGLAND, « Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Rôle des institutions – Menaces aux institutions », rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, 123<sup>e</sup> session du Comité des ministres, 18 mai 2018, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2018, p. 43.

<sup>69</sup> Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, spéc. §§ 54 et 64.

d'outrage à la mémoire d'Atatürk. Le seul point commun entre les deux sites était leur hébergement sur la plate-forme Google Sites. Or, selon les autorités turques, la seule manière d'arriver au blocage du site problématique était de bloquer l'accès à l'ensemble du domaine <http://sites.google.com>. Après avoir tenté en vain de s'opposer à la mesure générale de blocage devant les juridictions turques, le requérant a fait valoir devant la Cour européenne que l'impossibilité d'accéder à son propre site Web constituait une atteinte injustifiée à son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention.

Ayant conclu à l'existence d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant<sup>70</sup>, la haute juridiction européenne devait alors analyser le respect des conditions cumulatives posées par le second paragraphe de l'article 10 à l'admissibilité d'une telle ingérence. Pour répondre aux exigences de la Convention européenne, la restriction doit être « prévue par la loi », être dirigée vers la réalisation d'un ou plusieurs objectifs légitimes énumérés à l'article 10, paragraphe 2, et apparaître « nécessaire dans une société démocratique » à l'accomplissement de l'un ou plusieurs de ces objectifs<sup>71</sup>. En l'espèce, la Cour n'a pas eu besoin de se prononcer sur les deux dernières conditions dès lors que la première d'entre elles, dite de légalité, n'était pas rencontrée. Pour être considérée comme « prévue par la loi », la mesure de blocage généralisé devait résulter de l'application d'une norme accessible et suffisamment prévisible. Cela est d'autant plus vrai s'agissant d'une restriction préalable, comme la mesure de blocage litigieuse, dès lors que ce type d'ingérence doit « s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus »<sup>72</sup>.

Dans le cas d'espèce, la Cour de Strasbourg a constaté que les juridictions nationales étaient restées en défaut d'apprécier les différents intérêts en présence ainsi que la véritable nécessité d'un blocage total de l'accès à Google Sites. À cet égard, elle a relevé que les juges nationaux s'étaient bornés à entériner l'avis de l'autorité administrative en charge des télécommunications et de l'informatique, laquelle avait conclu à la nécessité d'un blocage général. Pour la Cour européenne, ce manquement des juridictions turques apparaît comme une conséquence de l'absence de précision de la loi nationale, qui ne prévoyait aucune obligation

<sup>70</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>71</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>72</sup> *Ibid.*, § 64.

de ce type pour le juge. Or, de l'avis de la Cour européenne, les importants effets collatéraux qu'entraînait la mesure de blocage auraient dû conduire les juges nationaux à faire preuve d'une grande prudence<sup>73</sup>. Ces considérations ont suffi à la haute juridiction européenne pour conclure, à l'unanimité, à la violation du droit à la liberté d'expression du requérant<sup>74</sup>.

Dans l'affaire *Cengiz et autres c. Turquie*<sup>75</sup> déjà évoquée<sup>76</sup>, la Cour était une nouvelle fois appelée à se prononcer à l'égard d'une mesure de blocage généralisé, laquelle avait cette fois été prononcée par les autorités nationales contre l'ensemble de la plateforme YouTube, au motif que le contenu de dix fichiers vidéo diffusés par l'entremise de ce site portaient outrage à la mémoire d'Atatürk. À l'instar de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'affaire *Yildirim*, la Cour a considéré que l'ingérence ne répondait pas à l'exigence de légalité prévue par l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, la loi sur laquelle s'étaient fondés les juges internes n'autorisant pas le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site internet en raison du caractère problématique de l'un de ses contenus. Compte tenu de cette conclusion, l'organe juridictionnel strasbourgeois n'a pas estimé nécessaire de contrôler le respect des autres exigences découlant de l'article 10, paragraphe 2. À cet égard, dans une opinion concordante jointe à l'arrêt, le juge Lemmens a regretté que la Cour ait ainsi manqué une occasion d'« éclairer les citoyens et les autorités turcs » sur les principes auxquels doit répondre l'application de l'ancienne et de la nouvelle loi nationale pertinente.

À nos yeux, pourrait encore être qualifié de restriction préalable le blocage d'accès d'un utilisateur à son compte de réseau social en raison de la présence d'un contenu problématique sur sa page. La Cour sera prochainement amenée à se prononcer sur la question dans une affaire *Kablis c. Russie*, introduite par une requête du 30 juillet 2017, communiquée au gouvernement russe le 8 septembre 2017<sup>77</sup>. L'affaire concerne le blocage du compte du requérant sur un site de réseau social ainsi que de trois pages de son blog au motif que le requérant y critiquait le refus

<sup>73</sup> *Ibid.*, §§ 65 et 66.

<sup>74</sup> L'on invite le lecteur à prendre connaissance de l'opinion concordante rédigée par le Juge Pinto de Albuquerque, qui fournit de précieux enseignements sur les critères minimaux que devrait remplir toute législation nationale concernant les mesures de blocage.

<sup>75</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Cengiz et autres c. Turquie*.

<sup>76</sup> Voy. *infra* nos développements relatifs à l'appréciation de la « qualité de victime » d'utilisateurs de sites web pour se plaindre d'une mesure de blocage déterminé.

<sup>77</sup> Requête n° 59663/17. Cf. la fiche thématique « Nouvelles technologies » (juin 2018) éditée par l'Unité de la Presse de la Cour, disponible à l'adresse : [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_New\\_technologies\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_New_technologies_FRA.pdf).

des autorités d'approuver le lieu d'un événement public<sup>78</sup> et y appelait à participer à cet événement en dépit de l'absence d'approbation officielle. La Cour a invité les parties à répondre à la question de savoir si les règles de droit nationales visaient l'hypothèse du blocage total de l'accès à l'ensemble d'un compte de réseau social ou d'une page au motif qu'il contenait du matériel offensant<sup>79</sup>.

Que faut-il encore penser, eu égard à la condition de légalité, des mesures de filtrage et de blocage qui seraient effectuées volontairement par les intermédiaires, en dehors de toute obligation légale ou judiciaire, notamment sur la base d'accords passés avec les sociétés de gestion collective de droits d'auteurs<sup>80</sup> ou sur le fondement de leurs conditions d'utilisation<sup>81</sup> ? À notre sens, la doctrine des obligations positives pourrait trouver ici à s'appliquer. L'idée sous-jacente des obligations positives gît dans le fait que, pour se conformer au prescrit de l'article 10, les États ne peuvent se borner à s'abstenir de porter directement atteinte aux droits qui y sont consacrés, mais doivent également adopter des mesures positives permettant de garantir la jouissance effective de la liberté d'expression<sup>82</sup>. Les obligations positives permettent en certaines circonstances d'imposer à l'État de régir les rapports entre des personnes privées. Sous cet aspect, l'article 10 acquiert aussi une application horizontale. Les accords liant les intermédiaires et les titulaires de droits n'éludent pas la responsabilité qui pèse sur les États d'assurer la liberté d'expression sur le réseau. Le problème avait d'ailleurs été aperçu dans la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux filtres internet : « Bien que les acteurs privés ne soient pas directement liés par l'article 10, la décision d'interdire à une personne l'usage d'un ordinateur pour accéder à certains contenus internet

<sup>78</sup> Ce refus fait l'objet d'une autre requête pendante devant la Cour (req. n° 48310/16, introduite le 28 juillet 2016 et communiquée le 27 mars 2017) sur le terrain de l'art. 11 (droit à la liberté de réunion pacifique).

<sup>79</sup> « *As regards the blocking of access to the applicant's VKontakte account, do the relevant laws make a provision for a wholesale blocking of access to the entire social services account or webpage on the ground that it contained some offending material?* » (nous soulignons).

<sup>80</sup> À ce sujet, voy. not. C. ANGELOPOULOS, « Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe », *IRIS plus*, 2009/4, pp. 9 et 10.

<sup>81</sup> Cf. la situation vécue par un enseignant français qui avait vu son compte Facebook totalement désactivé après avoir publié sur son « mur » une reproduction du tableau « L'Origine du monde » de Gustave Courbet représentant un sexe féminin. À ce sujet, voy. P. SIGNORET, « Censure de "L'Origine du monde" : une faute de Facebook reconnue, mais pas sur le fond », *Le Monde, Pixels*, 15 mars 2018, [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/15/censure-de-l-origine-du-monde-une-faute-de-facebook-reconnue-mais-pas-sur-le-fond\\_5271666\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/15/censure-de-l-origine-du-monde-une-faute-de-facebook-reconnue-mais-pas-sur-le-fond_5271666_4408996.html).

<sup>82</sup> Voy. not. Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 6 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, § 39.

soulève un problème de liberté d'expression et [...] devrait aussi faire l'objet d'une justification »<sup>83</sup>.

En Belgique, l'absence de cadre législatif encadrant de manière précise le blocage de sites internet a été mise en évidence par la presse<sup>84</sup>. Dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Yildirim*, le Juge Pinto de Albuquerque a également souligné que « pareil cadre doit être établi par des dispositions juridiques spécifiques, étant donné que ni les dispositions ou clauses générales de la responsabilité civile ou pénale ni la directive sur le commerce électronique ne constituent des bases valables pour ordonner un blocage sur Internet »<sup>85</sup>.

On rappellera enfin, pour autant que de besoin, que pour satisfaire à l'exigence de légalité, l'infraction sur laquelle pourrait se fonder une ingérence ne saurait reposer sur des éléments vagues et imprécis. Ainsi, dans un récent arrêt *Mariya Alekhina et autres c. Russie*<sup>86</sup>, qui concernait notamment l'interdiction d'accès aux enregistrements des performances des Pussy Riots, la Cour de Strasbourg a émis de sérieux doutes sur la qualification du comportement de plusieurs membres du groupe comme « extrémiste », avant toutefois de décider de concentrer son examen sur la condition de nécessité de l'ingérence.

<sup>83</sup> Rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique, CM(2008) 37add, 26 février 2008, § 45. Voy. également l'annexe à la recommandation CM/Rec(2012) 3 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, préc., §§ 16-18 et spéc. § 16 (« [...] Les régimes d'autorégulation et de corégulation ne devraient pas gêner la liberté d'expression des particuliers et leur droit de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations, des idées et des contenus par le biais d'un média ») et § 17 (« Il est important de rappeler que toute autorégulation ou corégulation, dans la mesure où elle est susceptible de porter atteinte aux droits d'autrui, devrait être transparente, indépendante, entraîner une obligation de rendre compte et être efficace, conformément à l'article 10 de la Convention »).

<sup>84</sup> Voy. D. DECKMYN et N. VANHECKE, « Geen juridische basis om websites te blokkeren », *De Standaard*, 23 mai 2013, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20130522\\_090](http://www.standaard.be/cnt/dmf20130522_090) ; J.-C. VERSET, « La liste noire des sites web bloqués mise en cause », RTBF, 23 mai 2013, [https://www.rtbf.be/info/medias/detail\\_la-liste-noire-des-sites-web-bloques-mise-en-cause?id=8001587](https://www.rtbf.be/info/medias/detail_la-liste-noire-des-sites-web-bloques-mise-en-cause?id=8001587). Voy. plus récemment « La Belgique a bloqué un nombre record de sites Web », VRT NWS, 26 juin 2015, [https://www.vrt.be/vrtnews/fr/2015/06/26/la-belgique\\_a\\_bloqueunnombrerecorddesitesweb-1-2377112/](https://www.vrt.be/vrtnews/fr/2015/06/26/la-belgique_a_bloqueunnombrerecorddesitesweb-1-2377112/). La base légale sur laquelle se fondent généralement les autorités belges pour empêcher l'accès à un site Web est l'art. 39bis du Code d'instruction criminelle. Ce fondement a été validé par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 octobre 2013 (Cass. 2<sup>e</sup> ch., A & M, 2014/2, p. 98). En son § 6, al. 4, cette disposition permet au procureur du Roi d'utiliser tous les moyens techniques appropriés pour rendre inaccessibles les données qui « forment l'objet de l'infraction ou ont été produites par l'infraction » et qui « sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituent un danger pour l'intégrité des systèmes informatiques ou pour des données stockées, traitées ou transmises par le biais de tels systèmes ». Tel que modifié par la loi du 25 décembre 2016, *M.B.*, 17 janvier 2017, l'art. 39bis précise encore en son § 6, al. 6, qu'« en cas d'extrême urgence et s'il s'agit manifestement d'une infraction visée aux articles 137, § 3, 6<sup>e</sup>, 140bis ou 383bis, § 1<sup>er</sup>, du Code pénal [menace de réaliser une infraction terroriste ou incitation à commettre une infraction terroriste ou diffusion de contenu pédopornographique], le procureur du Roi peut ordonner verbalement que tous les moyens appropriés soient utilisés pour rendre inaccessibles les données qui forment l'objet de l'infraction ou ont été produites par l'infraction et qui sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Cet ordre est confirmé par écrit dans les meilleurs délais, avec mention des motifs de l'extrême urgence ».

<sup>85</sup> Opinion concordante préc.

<sup>86</sup> Cour eur. D.H. (3<sup>e</sup> sect.), arrêt du 17 juillet 2018. Voy. spéc. §§ 252-258.

## B. – *La condition de légitimité*

En vertu de la deuxième condition posée à l'admissibilité d'une restriction de la liberté d'expression, l'ingérence doit être guidée par un ou plusieurs motifs légitimes limitativement énumérés au second paragraphe de l'article 10. Parmi ces objectifs légitimes, l'article 10 fait référence à la protection de « la réputation ou des droits d'autrui » dont la texture s'avère relativement large<sup>87</sup>.

On peut cependant se demander si, au titre du respect de l'exigence de légalité, les États ne devraient pas énoncer clairement « les 'intérêts' [...] qui peuvent justifier une ordonnance de blocage »<sup>88</sup>. Il a été relevé, par ailleurs, que le contrôle du respect de la condition de légitimité est rendu particulièrement difficile par le caractère secret qui s'attache souvent aux listes de sites bloqués<sup>89</sup>.

Il faudrait également veiller à ce que le motif légitime invoqué à l'appui d'une mesure de blocage ne constitue pas qu'un motif de façade avancé par les autorités pour tenter de justifier une ingérence dans le droit à la liberté d'expression de voix dissidentes.

## C. – *La condition de proportionnalité*

Comme souvent lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité avec la Convention d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression, les débats se focalisent sur la dernière condition, dite de proportionnalité.

### 1. – *Le caractère préventif de l'ingérence, un motif de rétrécissement de la marge d'appréciation nationale*

Si certaines mesures de blocage et de filtrage peuvent être considérées comme des mesures préventives<sup>90</sup>, on peut voir là une raison légitime de renforcer le contrôle européen et, par un jeu de vases communicants,

<sup>87</sup> La Cour voit dans la circonstance que la restriction est dirigée vers la protection d'un droit consacré par la Convention un motif de nature à élargir la marge nationale d'appréciation sur le plan de la proportionnalité. Voy., s'agissant de l'équilibre entre la liberté d'expression et la protection des droits d'auteur, Cour eur. D.H. (5<sup>e</sup> sect.), 10 janvier 2013, *Ashby Donald et autres c. France*, § 40 ; 13 février 2013, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*. Pour une critique de cette approche, voy. S. VAN DROOCHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in *Les droits de la personnalité* (J.-L. RENCHON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299-346, spéc. pp. 339-342, n<sup>os</sup> 61-65.

<sup>88</sup> Voy. l'opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque, préc.

<sup>89</sup> F. LA RUE, « Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression », *op. cit.*, § 31.

<sup>90</sup> Voy. notre analyse *supra* à propos de la légalité de l'ingérence.



limiter la marge d'appréciation étatique. Ainsi, la haute juridiction européenne répète-t-elle à l'envi que, si « l'article 10 de la Convention n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication [...], de telles restrictions présentent pourtant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux »<sup>91</sup>.

## 2. – Le « triptyque » de la proportionnalité

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est bien établie en ce qui concerne l'appréciation de la condition de proportionnalité, et impose à l'État de démontrer que l'ingérence litigieuse constitue « un besoin social impérieux » et se trouve justifiée par des « motifs pertinents et suffisants »<sup>92</sup>.

La mise en œuvre de cette condition ne saurait donner lieu à une appréciation guidée seulement par l'intuition ou le bon sens, forcément empreints de subjectivité<sup>93</sup>. À la lumière du rôle pionnier joué par la jurisprudence administrative allemande, la condition de proportionnalité suppose la réunion de trois conditions cumulatives : l'ingérence doit être *appropriée*, c'est-à-dire de nature à atteindre le but qui lui est assigné ; elle doit être *nécessaire*, au sens où elle doit apparaître comme la mesure la moins dommageable pour la liberté concernée ; enfin, elle doit satisfaire à un test de *proportionnalité au sens strict* imposant le respect d'un rapport raisonnable entre le préjudice occasionné au titulaire de la liberté restreinte et le bénéfice que la mesure engendre par ailleurs<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Voy. not. Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), § 51 et plus récemment, Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, § 105. Voy., s'agissant d'Internet, l'arrêt *Yildirim*, préc., § 47.

<sup>92</sup> Voy., parmi de nombreux autres arrêts, Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, § 49.

<sup>93</sup> E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires d'Internet : la quadrature du cercle ? », *op. cit.*, p. 98, n° 44.

<sup>94</sup> Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. pp. 31-38, et les nombreuses références ; Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, p. 440 et la référence à M. MAURER, *Droit administratif allemand*, trad. par M. FROMONT, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 272. Voy. également A. STROWEL, « Les réponses au téléchargement illicite en France et au Royaume-Uni : proportionnées ou attentatoires aux libertés ? », in *Le téléchargement d'œuvres sur Internet. Perspectives en droits belge, français, européen et international* (C. DOUTRELEPONT, Fr. DUBUISSON et A. STROWEL dir.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 363-406. Voy. également Comm. D.H., observation générale n° 34 sur l'art. 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques protégeant la liberté d'opinion et liberté d'expression, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, § 34 : « [...] les mesures restrictives doivent être conformes au principe de la proportionnalité ; elles doivent être appropriées pour remplir leur fonction de protection, elles doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et elles doivent être proportionnées à l'intérêt à protéger [...] ».

Énième témoin d'une convergence de préoccupations entre les deux Europes, celle de l'Union européenne et celle du Conseil de l'Europe, ce « triptyque » de la proportionnalité a été intégré au droit communautaire dans une directive qui prévoit expressément que « [t]oute mesure [...] concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques, qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux précités ne peut être instituée que si elle est *appropriée, proportionnée* et *nécessaire* dans le cadre d'une société démocratique, et sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates conformément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et aux principes généraux du droit communautaire, y compris le droit à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière. Par voie de conséquence, les mesures en question ne peuvent être prises que dans le respect du principe de la présomption d'innocence et du droit au respect de la vie privée. Une procédure préalable, équitable et impartiale est garantie, y compris le droit de la ou des personnes concernées d'être entendues, sous réserve de la nécessité de conditions et de modalités procédurales appropriées dans des cas d'urgence dûment établis conformément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le droit à un contrôle juridictionnel effectif en temps utile est garanti »<sup>95</sup>.

Envisageons tour à tour chacune des trois sous-conditions de la proportionnalité ainsi énoncées, en distinguant entre mesure générale de filtrage et mesure spécifique de filtrage ou de blocage. Pour la clarté de l'exposé, nous commencerons par le troisième élément du « triptyque » : à savoir, la proportionnalité *stricto sensu*.

<sup>95</sup> Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, n° L 337, p. 37, art. 1<sup>er</sup>, § 1, b), insérant un § 3bis à l'art. 1<sup>er</sup> de la directive « cadre ». Nous soulignons. Pour un commentaire de cette disposition, voy. R. QUECK, A. DE STREEL, L. HOU, J. JOST et E. KOSTA, « The EU Regulatory Framework Applicable to Electronic Communications », in *Telecommunications, Broadcasting and the Internet : EU Competition Law and Regulation* (L. GARZANITI et M. O'REGAN eds), 3<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, pp. 40-42, n°s 1-055 et 1-056. Voy. également S. KINTIS DILINOS, « L'Internet freedom provision : une protection européenne des droits fondamentaux dans la sphère des communications électroniques », *A & M*, 2012/4, pp. 299-313.

a) *La proportionnalité au sens strict*

i. – *À l'égard d'une mesure générale de filtrage*

Même si, dans son arrêt *Yildirim* précité, la Cour européenne des droits de l'homme s'est limitée à répondre à la question de savoir si le droit turc était suffisamment précis pour éviter tout arbitraire, elle n'a pas manqué, au passage, de souligner la disproportion entre le but poursuivi et les moyens utilisés : à la considérer légitime, la volonté d'empêcher l'accès à un contenu précis n'est pas suffisante pour justifier le blocage de l'ensemble d'une plate-forme d'expression, comme celle de Google Sites<sup>96</sup>.

Dans son observation générale n° 34 sur l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques protégeant la liberté d'opinion et liberté d'expression, le Comité des droits de l'homme a également considéré que « toute restriction imposée au fonctionnement des sites Web, des *blogs* et de tout autre système de diffusion de l'information par le biais d'Internet, de moyens électroniques ou autres, y compris les systèmes d'appui connexes à ces moyens de communication, comme les fournisseurs d'accès à Internet ou les moteurs de recherche, n'est licite que dans la mesure où elle est compatible avec le paragraphe 3. Les restrictions licites devraient d'une manière générale viser un contenu spécifique ; les interdictions générales de fonctionnement frappant certains sites et systèmes ne sont pas compatibles avec le paragraphe 3 »<sup>97</sup>.

Dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*, soumises à la Cour de justice de l'Union européenne, les questions préjudicielles étaient formulées d'une telle manière que les mesures de filtrage sollicitées apparaissaient clairement disproportionnées à l'objectif de la protection des droits de propriété intellectuelle dans l'univers numérique<sup>98</sup>. Les différentes caractéristiques des mesures en cause constituaient autant d'éléments plaidant en faveur du rejet de l'injonction demandée par la *Sabam* : la mesure de filtrage envisagée aurait visé toute la clientèle de l'intermédiaire, aurait dû être mise en place *in abstracto* et à titre préventif, aux seuls frais de l'intermédiaire, sans limitation dans le temps et de manière à traiter l'intégralité des communications entrantes et sortantes, dans le cas de *Scarlet*, ou la plus grande partie des informations stockées, dans le cas de *Netlog*.

<sup>96</sup> Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), *Ahmet Yildirim c. Turquie*, préc., § 66.

<sup>97</sup> Comité des droits de l'homme, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, § 43.

<sup>98</sup> Assez curieusement toutefois, dans son avis, la Commission européenne n'avait pas jugé la mesure de filtrage sollicitée comme contraire en soi avec le droit de l'Union, en laissant toutefois le soin au juge national de veiller à la proportionnalité de la mesure. Dans le même ordre d'idées, la cour d'appel de Bruxelles avait jugé nécessaire de soulever une seconde question préjudicielle tenant au respect du principe de proportionnalité.

L'avocat général avait relevé, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Scarlet*, que l'imposition à un fournisseur d'accès d'une mesure de filtrage et de blocage comme celle qui était sollicitée « ne présente pas, en elle-même, les caractéristiques de concrétude et d'individualisation qui sont normalement attendues de toute riposte ou réaction à une conduite supposée spécifique et déterminée »<sup>99</sup>. Autrement dit, d'après le haut magistrat, on se trouvait clairement en présence d'une disproportion entre le mal que l'on tentait d'endiguer et les moyens utilisés à cette fin.

La conclusion adoptée par la Cour de justice dans les deux affaires *Scarlet* et *Netlog* est, elle aussi, sans appel : l'injonction sollicitée ratisse beaucoup trop large et « risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite »<sup>100</sup>. La Cour de Luxembourg souligne ainsi par deux fois les risques de surblocage de la mesure de filtrage qui s'apparente bien à une mesure *overinclusive*. La portée de cette affirmation se trouve cependant nuancée par la justification qui suit : « [...] il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépende également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés ». Dès lors, ce qui se trouve condamné dans les arrêts *Scarlet* et *Netlog*, c'est l'imposition d'une mesure généralisée et automatisée de filtrage, qui ne serait pas à même, comme un juge pourrait le faire, de séparer le bon grain de l'ivraie.

Le caractère manifestement disproportionné de la mesure de filtrage généralisé a permis à la Cour de justice de s'épargner de longs développements sur les autres sous-conditions de la proportionnalité. Les arrêts *Scarlet* et *Netlog* ne semblent donc pas exclure l'imposition d'une mesure de filtrage ou de blocage spécifique<sup>101</sup>. Du reste, en interdisant l'imposition aux intermédiaires d'une obligation générale de surveillance, la directive sur le commerce électronique réserve expressément

<sup>99</sup> Conclusions de l'avocat général M. Cruz Villalón, préc., § 66.

<sup>100</sup> C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), *Scarlet c. Sabam*, § 52 ; *Sabam c. Netlog*, § 50.

<sup>101</sup> Dans le même sens, voy. not. C. CASTETS-RENARD, « Protection du droit d'auteur confrontée aux droits fondamentaux : point trop n'en faut ! », *RLDI*, 2012, vol. 79, pp. 6-10 ; D. MELISON, « Arrêt *Scarlet* : le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à Internet écarté au nom de l'équilibre entre droit d'auteur et libertés fondamentales », *J.D.E.*, 2012/2, pp. 43 et 44 ; E. DERIEUX, « Filtrage par les FAI – Opposition aux obligations générales de filtrage imposées aux fournisseurs d'accès à Internet », *RLDI*, 2012, vol. 78, pp. 61-66 ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique – Chronique de jurisprudence 2009-2011 », *R.D.T.I.*, 2012, vol. 48-49, pp. 26 et 27, n° 31.

la possibilité de mettre à charge des mêmes intermédiaires des « obligations de surveillance applicables à un cas spécifique »<sup>102</sup>. Les autres sous-conditions de la proportionnalité pourraient cependant se révéler cruciales s'agissant d'une mesure ciblée de filtrage ou de blocage.

ii. – *À l'égard d'une mesure spécifique de filtrage ou de blocage*

Limitée par sa saisine, la Cour de Strasbourg n'a pratiquement rien dit à ce jour sur l'admissibilité au regard du second paragraphe de l'article 10 de la Convention, d'une mesure de filtrage ou de blocage précisément calibrée.

Pour sa part, la Cour de Justice de l'Union européenne, à la faveur d'un arrêt *UPC Telekabel Wien*<sup>103</sup>, déjà évoqué, a défini les exigences que doit rencontrer une injonction de blocage qui pourrait être adressée à des fournisseurs d'accès pour faire cesser et prévenir des atteintes au droit d'auteur, en tout cas « lorsque cette injonction ne précise pas quelles mesures ce fournisseur d'accès doit prendre et que ce dernier peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de ladite injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables ».

Pour la Cour de Luxembourg, une telle injonction est compatible avec les droits fondamentaux consacrés par le droit de l'Union et notamment avec le droit à la liberté d'expression, « à condition [...] que, d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, que ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier »<sup>104</sup>.

Dans son arrêt, la Cour semble fixer des conditions que devrait rencontrer toute injonction de blocage imposée à un fournisseur d'accès. Elle se montre cependant relativement évasive sur la manière concrète dont ces exigences, difficilement réconciliables, pourront être mises en

<sup>102</sup> Voy. le considérant n° 47 de la directive sur le commerce électronique. Sur la distinction entre obligation générale et obligation particulière de surveillance, voy. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'Internet : la quadrature du cercle ? » *op. cit.*, spéc. pp. 92-95, n°s 24-32.

<sup>103</sup> Arrêt *UPC Telekabel Wien*, préc.

<sup>104</sup> *Ibid.*, § 64.

œuvre par ce dernier. Par cet arrêt, la Cour valide également la possibilité pour le droit national de laisser le soin à une entreprise privée de choisir la mesure de blocage idoine, et ce, sous la menace d'une sanction dans l'hypothèse où, *a posteriori*, cette mesure ne serait pas jugée suffisante, ce qui n'a pas manqué d'être décrit comme une incitation à faire preuve de zèle dans le retrait de contenus<sup>105</sup>.

Deux affaires nationales, tranchées respectivement en France et en Belgique avant l'arrêt *UPC Telekabel Wien*, permettent encore d'illustrer la difficulté d'aboutir à des mesures de blocage proportionnées à l'objectif poursuivi.

La première affaire opposait la Fédération belge contre le piratage aux fournisseurs d'accès Telenet et Belgacom, auxquels il était demandé de bloquer l'accès à un certain nombre de noms de domaine renvoyant vers le site The Pirate Bay, plate-forme vouée au partage de « torrents », permettant l'échange de fichiers entre internautes<sup>106</sup>. La Cour d'appel d'Anvers saisie de l'affaire a décliné l'invitation, formulée par les défendeurs, de surseoir à statuer en attendant la réponse de la Cour de justice dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*. Ce refus des juges anversois semble démontrer le fait qu'à leurs yeux, l'affaire qui leur était soumise n'était pas comparable à celles dont la Cour de Luxembourg se trouvait saisie. En d'autres termes, le blocage spécifique qui était sollicité n'était pas du même acabit que le filtrage généralisé en cause dans les deux affaires pendantes devant la Cour de justice.

Dans la seconde affaire, Claude Guéant, en sa qualité de ministre de l'Intérieur de la République française de l'époque, sollicitait auprès d'un certain nombre de fournisseurs d'accès le blocage de noms de domaine conduisant vers un site internet (« *Copwatch* ») sur lequel toute victime prétendue de brutalités policières pouvait livrer son témoignage<sup>107</sup>. Outre des propos injurieux et diffamatoires, le site litigieux comprenait des photos et d'autres données à caractère personnel des policiers mis en cause.

<sup>105</sup> Voy. notre étude précitée : Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais d'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen », *op. cit.*, pp. 187 et 188, n° 11.

<sup>106</sup> Anvers (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2011, *RABG*, 2011, n° 18, p. 1269, note P. VAN EECHE et A. FIERENS ; *A & M*, 2012, p. 216.

<sup>107</sup> TGI Paris (réf.), 10 février 2012, *Claude Guéant c. Free e.a.* Cette ordonnance fait suite à une autre ordonnance rendue par le même tribunal le 14 octobre 2011 à propos du blocage du même site qui, dans l'intervalle, s'était démultiplié en de nombreux sites miroirs. Ces deux décisions sont disponibles sur le site <http://www.legalis.net/>.

Dans les deux affaires, le juge a fait droit à la demande de blocage qui lui était adressée<sup>108</sup>. Qu'en est-il de la proportionnalité au sens strict dans ces deux décisions ? A-t-on préservé un juste équilibre entre les fins poursuivies et les moyens mis en œuvre ?

Le blocage d'un site entier soulève des doutes au regard de l'exigence de proportionnalité lorsque tous les contenus qui s'y trouvent ne sont pas illicites<sup>109</sup>. Ce problème avait été pressenti au cours de l'élaboration de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux filtres internet : « Si une partie importante du contenu bloqué est en fait inoffensive, la restriction imposée à la liberté d'expression peut être considérée comme disproportionnée au regard du but légitime poursuivi »<sup>110</sup>.

À partir de quand peut-on parler d'une « partie importante » du contenu ?

Doit-on raisonner en termes de proportion de contenu illégal qu'un site doit comprendre pour que son accès puisse être rendu inaccessible ? En ce sens, la Cour d'appel d'Anvers a relevé, avant d'ordonner le blocage du site The Pirate Bay, qu'« une très grande partie »<sup>111</sup> des contenus véhiculés par ce site enfreignait le droit d'auteur. S'agissant des contenus qui n'étaient pas protégés par le droit d'auteur, les juges anversois ont considéré que les internautes pouvaient y accéder via d'autres canaux que le site litigieux<sup>112</sup>. Si l'on peut admettre qu'une telle appréciation quantitative se situe au cœur même de l'examen de la proportionnalité au sens strict<sup>113</sup>, il reste néanmoins à analyser les difficultés que

<sup>108</sup> Sous la réserve du blocage des sites futurs qui comprendraient un contenu similaire. Voy. nos développements *infra* à ce sujet.

<sup>109</sup> Voy. plus bas, sur la difficulté de mettre en œuvre une mesure de blocage calibrée. Voy. également F. LA RUE, « Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression », *op. cit.*, § 31 : « [...] même dans les cas où des justifications sont fournies, les mesures de blocage constituent un moyen inutile ou disproportionné d'atteindre le but visé puisqu'elles ne sont pas suffisamment ciblées et rendent un large éventail de contenus inaccessibles et ce, au-delà de ce qui a été jugé illégal ».

<sup>110</sup> Rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique, CM(2008) 37add, 26 février 2008, § 49. Nous soulignons.

<sup>111</sup> Arrêt du 26 septembre 2011 : « [...] een zeer aanzienlijk deel ». Nous traduisons.

<sup>112</sup> *Ibid.* On notera, à cet égard, que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré à plusieurs reprises que l'existence de moyens alternatifs de diffusion pouvait contribuer à la proportionnalité d'une interdiction frappant un moyen d'expression particulier : voy. not. Cour eur. D.H. (Gde ch.), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, § 73 ; 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, § 124. À ce sujet, voy. également S. TURGIS, « La coexistence d'Internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2013, pp. 17-38, spéc. pp. 21-25.

<sup>113</sup> Il convient de relever que, dans sa décision *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, adoptée le 19 février 2013, portant sur la condamnation civile et pénale des gestionnaires du site The Pirate Bay, la Cour européenne, refusant implicitement de souscrire à l'argument du caractère prétendument neutre et passif du site en question, a constaté que les requérants avaient été condamnés *uniquement* à raison de contenus qui étaient



pourrait susciter une mesure spécifique de blocage au regard des autres conditions de la proportionnalité *lato sensu*.

#### b) *Le caractère approprié de la mesure*

Pour être considérée comme appropriée, l'ingérence « doit être apte à réaliser l'objectif qui lui est assigné, ou, à tout le moins, à contribuer à sa réalisation »<sup>114</sup>. Or, toutes les mesures de blocage comportent d'importants risques de contournements<sup>115</sup>. Le but de notre étude n'est pas de livrer au lecteur les ficelles qui lui permettraient de passer outre une mesure de blocage. Toutefois, à se limiter au blocage de noms de domaine (DNS) qui fut prononcé par le juge dans les affaires belge et française susmentionnées, on relèvera que l'utilisateur peut continuer à accéder aux sites litigieux en recourant directement à leur adresse IP ou en utilisant un autre serveur DNS que celui qui lui est fourni par son fournisseur d'accès. Quant à l'auteur du site bloqué, rien ne l'empêche d'ouvrir de nouveaux sites au contenu parfaitement identique sous de nouveaux noms de domaine<sup>116</sup>.

Compte tenu de cette inefficacité partielle, on peut se demander si le jeu du blocage en vaut réellement la chandelle. La mise en place d'un système de blocage, aujourd'hui pour des raisons qui paraissent louables, pourrait ouvrir la voie à l'utilisation de la même technologie à des fins moins nobles, par exemple aux fins de censurer des propos qui devraient pouvoir être librement exprimés dans une société démocratique<sup>117</sup>. Si l'on songe à l'affaire *Copwatch* en France, on voit que le

protégés par le droit d'auteur. Pour admettre que cette condamnation était bien proportionnée, la Cour s'est montrée attentive au fait qu'en dépit d'avertissements, les responsables de la plate-forme n'avaient pris aucune mesure pour retirer les fichiers litigieux et qu'ils étaient restés indifférents au fait que des œuvres protégées par le droit d'auteur étaient partagées par l'entremise de leur site Web.

<sup>114</sup> S. VAN DROOCHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *op. cit.*, p. 325. Voy. également P. Fr. DOCQUIR, « Internet, les raisons d'un droit d'accès », *op. cit.*, pp. 349-361, ici p. 361, où l'auteur soutient qu'une mesure de restriction doit être « susceptible d'atteindre l'objectif qu'elle poursuit ».

<sup>115</sup> Voy. en particulier le tableau synoptique présenté par C. CALLANAN, M. GERCKE, E. DE MARCO, H. DRIES-ZIEKENHEIMER, *Filtrage d'Internet – Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 22 ; P. VAN EECCKE et A. FIERENS, « Pirate Bay : schipvooranker in de Antwerpse haven », note sous Anvers, 26 septembre 2011, *RABG*, 2011, vol. 18, p. 1287.

<sup>116</sup> Voy., à propos du blocage du site WikiLeaks, D. CORNEIL, « Harboring WikiLeaks : Comparing Swedish and American Press Freedom in the Internet Age », *California Western International Law Journal*, 2011, pp. 477-522.

<sup>117</sup> Dans son opinion concordante précitée, le Juge Pinto de Albuquerque insiste ainsi sur l'importance d'assurer « le respect de l'essence (ou du noyau dur) de la liberté d'expression ». Voy. également N. MUIZNIEKS, « Arbitrary Internet blocking jeopardises freedom of expression », 26 septembre 2017, *The Commissioner's Human Rights Comments*, <https://www.coe.int/> : « The above problems are compounded by the fact that once states have introduced blocking against the most serious issues and legitimate targets such as child pornography and hate speech, they tend to extend it to all sorts of other material that they disapprove of ». Voy. encore T. JAGLAND, « Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Rôle des institutions – Menaces aux institutions », *op. cit.*, p. 43 : « [I]orsque les États ont mis en place des mécanismes

blocage recherché a conduit à restreindre l'accès à un site qui permettait de relayer des brutalités policières. Même si l'on garde à l'esprit que les circonstances entourant les deux affaires n'étaient pas totalement similaires, on mentionnera que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion d'affirmer que les manœuvres illicites des forces de police constituaient « une question sérieuse d'intérêt public » qui se situait au cœur du débat démocratique<sup>118</sup>. En outre, de manière plus générale, des propos d'intérêt public pourraient se trouver bloqués dans les mailles du filet déployé en vue de restreindre la diffusion de propos qui ne présenteraient pas cette qualité<sup>119</sup>.

Cela étant, on peut se demander si la mesure de blocage envisagée doit nécessairement se révéler totalement efficace pour être déclarée appropriée. Si la Cour européenne a longtemps raisonné en termes binaires sur la condition de nécessité en jugeant qu'il n'y avait plus d'intérêt à faire interdire la publication de renseignements qui étaient déjà librement accessibles<sup>120</sup>, la haute juridiction strasbourgeoise semble aujourd'hui encline à admettre une appréciation graduelle de la publicité, ce qui semble justifier qu'on limite la diffusion d'informations qui seraient disponibles par d'autres canaux<sup>121</sup>.

Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *The Pirate Bay*, les juges anversoises ont considéré que les possibilités techniques de contournement du blocage n'empêchaient pas la mesure d'être efficace dans une certaine mesure, à l'égard de l'« utilisateur moyen »<sup>122</sup>. Il est vrai que

de blocage contre les contenus malveillants, tels que des documents pédopornographiques ou l'incitation à la violence motivée par des considérations raciales, on note une tendance à les étendre à d'autres types de contenu qu'ils n'apprécient pas ».

<sup>118</sup> Cour eur. D.H., 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, § 67. Dans l'affaire française, le site bloqué comprenait des données à caractère personnel concernant certains policiers alors que dans l'affaire ayant donné lieu à la condamnation de l'Islande par la Cour européenne, une minorité non désignée de la police de Reykjavik avait été mise en cause par un journaliste.

<sup>119</sup> Voy., *mutatis mutandis*, Cour eur. D.H. (3<sup>e</sup> sect.), 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa c. Suède*, § 44.

<sup>120</sup> Voy., parmi d'autres, Cour eur. D.H., 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf ! c. Pays-Bas*, § 44 ; Cour eur. D.H., 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2) et Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, respectivement, §§ 52-56 et 66-70.

<sup>121</sup> Voy., s'agissant de contenus diffusés sur Internet, Cour eur. D.H. (4<sup>e</sup> sect.), 18 octobre 2005, *Perrin c. Royaume-Uni* : « [...] il existe une nette différence entre ce qui est nécessaire pour préserver la confidentialité d'informations secrètes, laquelle est compromise dès la toute première publication des informations en cause, et ce qui est nécessaire à la protection de la morale, laquelle peut subir une atteinte à chaque fois qu'une personne est confrontée aux documents litigieux ». Voy. également Cour eur. D.H. (Gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, §§ 187-190 (à propos de la nécessité de restreindre la publication de données librement accessibles au public par d'autres biais). Pour d'autres références et pour une analyse approfondie, voy. Q. VAN ENIS, « Des "autoroutes de l'information" aux chemins de campagne... Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ? », in *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace/Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Poullet* (C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLIER et R. QUECK), Bruxelles, Larcier, pp. 715-746, spéc. pp. 718-728, n° 5-11.

<sup>122</sup> Voy. P. VAN ECKE et A. FIERENS, « Pirate Bay : schipvoorkanker in de Antwerpse haven », *op. cit.*, p. 1287. La circonstance que le blocage se trouvait limité aux clients de deux fournisseurs d'accès particuliers n'a, semble-t-il, pas été analysée sur le plan de la nécessité, la Cour se bornant à relever à cet égard qu'aucun

toute interdiction, légale ou judiciaire, recèle une possibilité de contournement et que, pour autant, le droit n'a pas vocation à abdiquer. L'enjeu, pour ce dernier, est alors de ne pas s'écarter complètement des faits et de se garder de mettre en œuvre des mesures complètement inadaptées à la réalité du terrain. On relèvera à cet égard que, très peu de temps après le prononcé de l'injonction par les juges anversois, le contenu du site bloqué a été rendu accessible à partir d'un nouveau nom de domaine<sup>123</sup>... En somme, comme le fait observer le Juge Pinto de Albuquerque, « dans le domaine d'Internet, un facteur additionnel à considérer est le fait que certaines mesures de blocage peuvent aisément être contournées, ce qui rend la nécessité de la mesure douteuse »<sup>124</sup>. Ces mesures pourraient même se révéler contre-productives en attirant l'attention du public sur des contenus qui, sans le dispositif de blocage, seraient passés quasiment inaperçus du plus grand nombre<sup>125</sup>. L'inefficacité relative des mesures de blocage pourrait rejaillir sur l'appréciation de la nécessité. Voyons cela de plus près.

### c) *La nécessité*

Sous cette dernière condition, il convient de vérifier s'il n'existe pas de mesure alternative, également efficace, moins intrusive pour la liberté d'expression que la mesure de blocage envisagée<sup>126</sup>. En d'autres termes, le dommage occasionné à la liberté d'expression doit être limité au maximum et la mesure, se cantonner au strict nécessaire.

Comment assurer pareille limitation en pratique ?

problème de distorsion de concurrence entre fournisseurs d'accès ne se posait dès lors que la mesure visait les plus grands acteurs du marché belge.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 1287.

<sup>124</sup> Opinion concordante jointe à Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*.

<sup>125</sup> On parle à cet égard d'« effet Streisand », pour désigner « un phénomène internet qui se manifeste par l'augmentation considérable de la diffusion d'informations ou de documents par le simple fait d'avoir été l'objet d'une tentative de retrait ou de censure » (Wikipédia, v<sup>o</sup> « Effet Streisand », consulté le 29 avril 2013). Le nom attribué à ce phénomène a pour origine l'action entreprise par la célèbre actrice et chanteuse pour tenter de faire retirer les photographies aériennes de sa villa d'une base de données répertoriant l'ensemble de la côte californienne. Passés inaperçus jusqu'à la demande de retrait, les clichés ont ensuite été visionnés par de nombreux internautes. Ce phénomène s'est manifesté en France à propos du blocage du site Copwatch. Voy. à ce sujet A. SAINT MARTIN, « Blocage de contenus illicites et fournisseurs d'accès – Précisions sur le principe de subsidiarité », *RLDI*, 82/2012, pp. 32-36, ici pp. 32 et 33. Voy. de manière générale à propos de l'inefficacité des mesures de censure, J. VELAERS, « “De censuur kan nooit worden ingevoerd” – Over de motieven van het censuurverbod », in *Censures*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 46, n<sup>o</sup> 35.

<sup>126</sup> Tout en reconnaissant que des mesures de blocage peuvent être justifiées sur le terrain de la lutte contre la pornographie infantile, le rapporteur spécial de l'O.N.U. pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression invite les États à combattre le mal à la source plutôt que de jouer sur ses symptômes (F. LA RUE, « Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression », *op. cit.*, § 32). Voy. également N. MUZNIKS, « Arbitrary Internet blocking jeopardises freedom of expression », *op. cit.* : « *crucially, in particular in relation to child pornography, blocking totally fails to address the actual issue : the abuse of the children in question* ».

Une première piste pourrait résulter de la mise en œuvre d'une exigence de subsidiarité<sup>127</sup>. Ainsi, le droit français<sup>128</sup>, au contraire du droit belge<sup>129</sup>, impose au demandeur de tenter de contacter les hébergeurs de contenus illicites, en leur enjoignant de retirer le contenu litigieux, avant d'imposer une mesure de blocage aux fournisseurs d'accès, lesquels sont plus difficilement en mesure de limiter le blocage au seul contenu litigieux. La question est alors de savoir à partir de quand on peut dire que celui qui sollicite le blocage d'un site auprès d'un fournisseur d'accès a réellement tenté d'atteindre l'hébergeur<sup>130</sup>. Dans les deux décisions belge et française évoquées, le juge n'a accepté de souscrire qu'au blocage de sites existants et clairement identifiés alors que les demandeurs entendaient se réserver la possibilité d'élargir la liste des noms de domaine à bloquer au fur et à mesure de l'apparition de sites miroirs qui reprendraient un contenu similaire sous de nouveaux noms de domaine. À notre estime, un tel refus est judicieux. Autoriser le blocage de sites futurs, même s'ils présentent un contenu parfaitement identique aux sites existants dont le blocage est poursuivi, entraînerait un contournement de l'exigence de subsidiarité, retenue en droit français, qui en imposant de jouer la carte du retrait avant celle du blocage, contribue à la proportionnalité de la mesure<sup>131</sup>.

Ensuite, il faut, en toute hypothèse, veiller au bon calibrage technique de la mesure de blocage prononcée. Dans une récente recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe invite les autorités publiques à « évaluer soigneusement les répercussions potentielles, y compris non intentionnelles, de toute restriction avant d'y avoir recours et après l'avoir appliquée, tout en cherchant la mesure la moins

<sup>127</sup> Voy. notamment l'opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque précitée prônant la mise en œuvre « d'une politique de "notice and take down" préalablement à l'émission d'une ordonnance de blocage » ; W. DUHEN, « Le principe de subsidiarité dans la résolution de litiges sur Internet », *RLDI*, 2013, vol. 95, pp. 81-88.

<sup>128</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6-I-8 : « [l']autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 [hébergeurs] ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 [fournisseurs d'accès à Internet], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne » (nous soulignons). Pour un cas d'application du principe de subsidiarité, voy. TGI Paris (réf.), 10 février 2012, ordonnance préc. ; TGI Paris (réf.), 14 octobre 2011, *Claude Guéant c. Free e.a.*, ordonnance préc. Pour un commentaire, voy. A. SAINT MARTIN, « Blocage de contenus illicites et fournisseurs d'accès – Précisions sur le principe de subsidiarité », *RLDI*, 2012, vol. 82, pp. 32-36.

<sup>129</sup> Voy. Anvers (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2011, préc.

<sup>130</sup> La Cour de cassation de France a considéré que la prescription de mesures de blocage à l'égard des fournisseurs d'accès « n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement » (Cass. fr. [1<sup>re</sup> ch.], 19 juin 2008, arrêt n° 707). Voy. également TGI Paris (réf.), 10 février 2012, ordonnance préc.

<sup>131</sup> *Ibid.* Comp. la note préc. de A. SAINT MARTIN, « Blocage de contenus illicites et fournisseurs d'accès – Précisions sur le principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 35 et 36, n°s 14-17.

restrictive nécessaire pour atteindre l'objectif visé »<sup>132</sup> et rappelle aux intermédiaires d'Internet que « toute mesure prise pour limiter l'accès à un contenu (y compris la suppression ou le blocage) sur ordre ou requête d'un État devrait être exécutée par les moyens les moins restrictifs »<sup>133</sup>. Le même texte prévoit encore que « toute restriction de contenu devrait avoir une portée limitée à l'objet précis de l'ordre ou de la demande [...] »<sup>134</sup>.

Pour l'heure, il apparaît qu'aucun système de blocage ne constitue la panacée<sup>135</sup>. D'apparence plus respectueux de la liberté d'expression parce qu'il ne vise qu'une ou plusieurs pages spécifiques d'un site Web, le blocage URL se révèle très coûteux pour les fournisseurs d'accès et particulièrement intrusif pour le droit au respect de la vie privée<sup>136</sup>. Le blocage de noms de domaine (DNS), outre qu'il peut facilement être contourné, entraîne le blocage de l'ensemble du site alors qu'une partie des pages qu'il contient n'est sans doute pas illicite. Le blocage IP s'avère encore plus radical, lorsque l'on sait qu'à travers le partage d'adresses IP, de nombreux sites internet, souvent indépendants les uns des autres, se trouvent hébergés sous une même adresse<sup>137</sup>. On soulignera que dans l'affaire belge *The Pirate Bay*, le juge a ordonné un blocage DNS en lieu en place du blocage IP qui était demandé alors que, dans l'affaire française *Copwatch*, le juge a laissé le choix aux fournisseurs d'accès entre un blocage IP ou DNS. Dans une affaire actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant se plaint de ce que « le blocage de l'accès à un site internet d'un tiers situé à la même adresse IP que le sien a eu l'effet disproportionné de bloquer l'accès à son site internet »<sup>138</sup>.

<sup>132</sup> Recommandation CM/Rec(2018) 2, préc., annexe, pt 1.3.1.

<sup>133</sup> *Ibid.*, annexe, pt 2.3.1.

<sup>134</sup> *Ibid.*, annexe, pt 2.3.3.

<sup>135</sup> Nous renvoyons à nouveau à l'éclairant tableau synoptique présenté par C. CALLANAN, M. GERCKE, E. DE MARCO et H. DRIES-ZIEKENHEIMER, *Filtrage d'Internet – Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, op. cit., p. 22.

<sup>136</sup> Voy. TGI Paris (réf.), 14 octobre 2011, *Claude Guéant c. Free e.a.*, préc. ; TGI Paris (réf.), 10 février 2012, ordonnance préc.

<sup>137</sup> Voy. le rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique, CM(2008) 37add, 26 février 2008, § 23 : « [L]e filtrage IP est susceptible de donner lieu au blocage excessif dû au partage d'adresses IP, étant donné qu'une adresse IP peut correspondre aux URL de très nombreux sites web hébergés sur le même serveur ».

<sup>138</sup> *Kharitonov c. Russie* (n° 10795/14). Cf. la fiche thématique « Nouvelles technologies » (juin 2018) éditée par l'Unité de la Presse de la Cour, disponible à l'adresse : [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_New\\_technologies\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_New_technologies_FRA.pdf). La Cour a communiqué la requête au gouvernement russe le 27 avril 2017 et posé des questions aux parties sous l'angle des art. 10 (liberté d'expression) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention.

En tout état de cause, une obligation procédurale s'impose aux États en matière de blocage de contenus sur le Net. D'après les termes utilisés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, « [...] les mesures générales de blocage ou de filtrage sur tout le territoire ne sont introduites par l'État que si les conditions énoncées à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme sont remplies. De telles mesures étatiques ne devraient être prises que si le filtrage concerne un contenu spécifique et clairement identifiable, [qu'] une autorité nationale compétente a pris une décision au sujet de l'illégalité de ce contenu et [que] la décision peut être réétudiée par un tribunal ou entité de régulation indépendant et impartial, en accord avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>139</sup>. Si, dans l'affaire *Yildirim*, la Cour européenne a jugé qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur le grief de l'absence d'un recours judiciaire effectif tiré de l'article 6 de la Convention<sup>140</sup>, elle a tout de même relevé qu'en l'espèce « le contrôle juridictionnel du blocage de l'accès aux sites internet ne [réunissait] pas les conditions suffisantes pour éviter les abus »<sup>141</sup>. En tout état de cause, il faudrait veiller à ce que toute personne intéressée se voie notifier les motifs d'une décision de blocage<sup>142</sup> et l'existence d'un recours devant une juridiction ou une

<sup>139</sup> Recommandation CM/Rec(2008) 6 du Comité des ministres aux États membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet, adoptée le 26 mars 2008 lors de la 1022<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres. Texte disponible sur le site du Conseil de l'Europe. Voy., *mutatis mutandis*, pour les fournisseurs de moteurs de recherche, annexe à la recommandation CM/Rec(2012) 3 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, préc., §§ 12-16, et spéc. § 14. Voy., pour les services de réseaux sociaux, l'annexe à la recommandation CM/Rec(2012) 4 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux, adoptée le 4 avril 2012, lors de la 1139<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, § 11. Ces textes sont disponibles sur le site du Conseil de l'Europe ([www.coe.int](http://www.coe.int)). En France, se prononçant sur la constitutionnalité de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI), le Conseil constitutionnel s'est montré attentif à ce que « la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé » (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, § 8). Sur la nécessité de l'intervention d'un juge ou d'un organe indépendant, voy. également F. LA RUE, « Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression », *op. cit.*, § 31. De façon étonnante, dans une récente recommandation CM/Rec(2013) 2, le Comité des ministres considère que l'obligation pour les autorités nationales d'« obtenir une ordonnance d'une autorité judiciaire ou d'une autre instance administrative indépendante dont les décisions font l'objet d'un recours juridictionnel [...] ne s'applique pas aux cas concernant des contenus illégaux quel que soit le contexte, comme les contenus portant sur des abus sexuels d'enfants, ou dans les cas où des mesures expéditives s'imposent, conformément aux conditions prescrites à l'art. 10 de la Convention ».

<sup>140</sup> Arrêt *Yildirim*, préc., §§ 71 et 72.

<sup>141</sup> *Ibid.*, § 68.

<sup>142</sup> Dans sa récente recommandation CM/Rec(2013) 2, le Comité des ministres va plus loin en prévoyant que « toute restriction de contenu devrait [...] être accompagnée d'une information au public expliquant quel contenu a fait l'objet d'une restriction et quel en est le motif juridique » (annexe, pt 2.3.3), ce qui a le mérite d'assurer une certaine transparence en la matière.

autorité répondant aux conditions de l'article 6 de la Convention<sup>143</sup>. Dans une récente recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe invite les États à veiller à ce que « lorsqu'ils restreignent l'accès à des contenus de tiers sur ordre de l'État, les intermédiaires d'Internet offrent des mécanismes de recours appropriés et respectent les garanties procédurales applicables »<sup>144</sup>.

Dans son arrêt *Mariya Alekhina et autres c. Russie*, qui portait notamment sur l'interdiction d'accès aux vidéos de performances des Pussy Riots, la Cour de Strasbourg a déploré que les requérantes n'aient pas été en mesure de contester les conclusions du rapport linguistique qui avait conclu au caractère « extrémiste » desdites vidéos et qui avait été simplement entériné par les juridictions internes, et ce, dans la mesure où les requérantes avaient été privées de la possibilité de prendre part à la procédure en conformité avec la législation nationale. La Cour a souligné à ce propos qu'une juridiction interne ne saurait justifier correctement une atteinte au droit à la liberté d'expression en l'absence de toute forme de contrôle juridictionnel reposant sur une mise en balance des arguments de l'autorité publique et de ceux de la partie intéressée<sup>145</sup>.

Enfin, l'assignation d'une limitation dans le temps à la mesure de blocage envisagée devrait également permettre de limiter ses effets néfastes sur le plan de la liberté d'expression. En vertu de cette exigence, au-delà d'une période donnée, la nécessité du maintien de la mesure devrait être réappréciée par le juge<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Voy. not. la recommandation CM/Rec(2018) 2, annexe, pt 2.3.3 : « [s]auf si cela perturbe des activités en cours des services d'application de la loi, l'utilisateur et toute autre partie concernée [devraient] être informés, notamment des garanties procédurales, des possibilités de procédures contradictoires pour les deux parties le cas échéant, ainsi que des mécanismes de recours disponibles ».

<sup>144</sup> Recommandation CM/Rec(2018) 2, annexe, pt 1.3.3.

<sup>145</sup> Arrêt préc., § 267.

<sup>146</sup> Voy. not. la seconde ordonnance de référé dans l'affaire *Copwatch* : « [d]ès lors, il suffit, en leur reconnaissant la liberté de choix parmi les techniques efficaces (IP ou DSN) [lire : DNS], de leur faire injonction de mettre en œuvre – par eux-mêmes ou par des tiers – toutes mesures propres à interrompre le plus rapidement possible l'accès à partir du territoire français au site litigieux, en limitant toutefois cette mesure dans le temps à six mois, aux fins de ne pas méconnaître sur ce point particulier le principe de proportionnalité. Il reviendra au ministre de l'Intérieur, passé ce délai, d'apporter des informations permettant de constater que les mesures imposées aux fournisseurs d'accès restent nécessaires au regard des informations recueillies à l'encontre des éditeurs et des hébergeurs, alors qu'il justifie avoir saisi le procureur de la République de Paris aux fins d'une enquête préliminaire » (nous soulignons). Dans la jurisprudence européenne, voy., par analogie, Cour eur. D.H. (2<sup>e</sup> sect.), 18 mai 2004, *Éditions Plon c. France*, § 53, où la Cour admet que les justifications d'une interdiction provisoire de publication peuvent disparaître avec l'écoulement du temps. Voy. également l'opinion concordante précitée du Juge Pinto de Albuquerque, jointe à l'arrêt *Yildirim* : « [l]es ordonnances de blocage d'Internet perpétuelles ou à durée indéterminée sont en soi des ingérences non nécessaires dans le droit à la liberté d'expression ».



### III. Conclusion

Dans l'univers ouvert et mondialisé d'Internet, les mesures de filtrage et de blocage présentent l'avantage pour les autorités étatiques de pouvoir être dirigées vers des intermédiaires souvent plus accessibles que les auteurs directs du mal qu'elles souhaitent enrayer. Il reste que, compte tenu tant de leur efficacité relative que du risque de surblocage qu'ils comportent, de tels mécanismes ne devraient être mis en œuvre qu'avec une extrême prudence. Il convient plus que jamais de s'attacher à lutter directement contre le mal et non de s'attaquer à ses symptômes. En toute hypothèse, l'impact concret sur le droit à la liberté d'expression de toute mesure de filtrage ou de blocage devra être scrupuleusement analysé. En particulier, l'exigence de proportionnalité qui conditionne toute restriction portée dans la jouissance de ce droit et oblige les pouvoirs publics à résoudre la difficile équation qui impose, dans le même temps, d'en faire assez sans en faire trop...